Die Einziehungsermächtigung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Josef Hahn

Gerichtsreferendar aus Hersfeld.

Marburg 1933

Buchdruckerei Richard Ehrlich, Berlin NW 40, Wilsnacker Str. 1.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. Mai 1933.

Berichterstatter:

Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Einleitung 13

I. Kapitel:

Abgrenzung von verwandten Erscheinungen. Problemstellung. Schrifttum 16

§ 1. Rechtsübertragung; Erscheinungsformen der Ueberlassung des Rechts zur Einziehung einer Forderung 16

§ 2. Die Vollmacht zur Einziehung 20

§ 3. Die Abtretung zur Einziehung (Fiduziarische Zession) 25

I. Begriff, Zulässigkeit und Konstruktion 25

II. Die Theorie der relativen Rechtsübertragung 33

III. Die Theorie der deutschrechtlichen Treuhänderschaft . 35

IV. Die Frage der Aussonderung und des Widerrufs . . . 37

§ 4. Die Einziehungsermächtigung: Begriff und Grenzen . . . 41

§ 5. Uebersicht über das vorhandene Schrifttum 43

II. Kapitel:

Die für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebrachten Gründe 48

§ 6. Die Berufung auf die Geschichte 48

I. Die Entwicklung der Zession im römischen und gemeinen Recht 49

II. Die Verwendung des römischen Zessionsbegriffs für die Einziehungsermächtigung 53

§ 7. Die Berufung auf den Gedanken der Vertragsfreiheit . . 55

§ 8. Die Berufung auf die Vorschriften über die Einwilligung (§§ 182 ff insbs. § 185 BGB) 57

I. Der Begriff der Zustimmung und § 185 BGB . . 59

II. § 185 BGB und die Einziehungsermächtigung (Kritische Betrachtung) 60

III. Insbesondere die Ansicht von Lehmann 62

§ 9. Die Berufung auf das Einziehungsrecht des Pfand- und Pfändungspfandgläubigers (§ 1282 BGB und §§ 835, 836 ZPO) 64
I. Die Stellung des Pfand- und Pfändungspfandgläubigers . 64
II. Die Anwendung dieser Erscheinung auf die Einziehungsermächtigung 66
§ 10. Die Ermächtigung als Ueberlassung der Rechtsausübung und Ueberlassung der Ausübung des Verwaltungsrechts . 68
I. Die Ueberlassung der Rechtsausübung 69
II. Kritische Stellungnahme 70
III. Die Ueberlassung der Ausübung des Verwaltungsrechts (Einziehungsrecht des Konkursverwalters, des Ehemanns usw.) 77
IV. Zusammenfassung 80
§ 11. Die Zulässigkeit der Spaltung der Forderung, insbesondere im Löbl'schen Sinn 81
I. Löbl's Ansicht 81
II. Kritik 83
§ 12. Das praktische Bedürfnis als Grund für die Zulassung der Einziehungsermächtigung 86

III. Kapitel:
Die Gründe, die gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebracht sind 93
§ 13. Die Einziehungsermächtigung ist keine verdeckte Vollmacht 94
§ 14. Der Unterschied der Einziehungsermächtigung von verwandten Rechtserscheinungen 95
§ 15. § 409 BGB und die Einziehungsermächtigung 96
§ 16. Das Einziehungsrecht als Inhalt des Gläubigerrechts . . . 97
§ 17. Die Interessen des Schuldners 99
§ 18. Zusammenfassung 109

Schrifttum.

(Die in Klammern (. . .) stehenden Worte bezw. Buchstaben bezeichnen die im Text verwendeten Abkürzungen).

I. Systematische Darstellungen und Kommentare.

Bekker:	System des heutigen Pandektenrechts, Allgemeiner Teil, 2 Bände, Weimar 1886, 1889 (Bekker, Pandekten).
Biermann:	Kommentar zum Sachenrecht des BGB. 3. Aufl. 1914. (Biermann).
Brinz:	Lehrbuch der Pandekten, II. Band, 1. und 2. Abteilung, 2. Aufl. Erlangen 1879 u. 1882. (Brinz Pandekten).
Busch-Erler:	Kommentar der Reichsgerichtsräte, 5 Bände, 6. Aufl. 1928 (RGK.).
Crome:	System des deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen und Leipzig (Crome). Band I. Einleitung und allgemeiner Teil. 1900. Band II. Recht der Schuldverhältnisse 1902. Band III. Rechte an Sachen und an Rechten 1905.
Dernburg:	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens (Dernburg). II. Band 1. Abteilung, Schuldverhältnisse, allgemeine Lehren, 3. Aufl. 1905. II. Band 2. Abteilung, Einzelne Obligationen, 4. Aufl. 1915.
Dernburg:	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs 5. Aufl. Halle 1894 (Dernburg Lehrbuch).
Dernburg:	Pandekten, 7./8. Aufl. 1903 (Dernburg, Pandekten).
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Endemann) I. Band, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 6. Aufl. 1900.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
I. 1. Enneccerus: Einleitung, Allgemeiner Teil, 30/34. Aufl. 1928. (Enneccerus).
I. Enneccerus - Nipperdey, Einleitung, Allgemeiner Teil, 13. Bearbeitung 1932. (Enneccerus-Nipperdey).
I. 2. Enneccerus, Recht der Schuldverhältnisse, 28/30. Aufl. 1928. (Enneccerus).
II. Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung 1930. (Enneccerus-Lehmann).
III. Wolff, Sachenrecht, 27/32. Aufl. 1929 (Martin Wolff).

Förster-Eccius: Theorie und Praxis des Preußischen Privatrechts, I. 7. Aufl. 1896 (Eccius PrR).

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl, Berlin 1913 (Förster-Kann).

Gierke, von: Deutsches Privatrecht (von Gierke DPR.)
Band I Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895.
Band II Sachenrecht 1905.
Band III Schuldrecht; in Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft von Binding II, 3, III.

Hasenöhrl: Das österreichische Obligationenrecht in systematischer Darstellung mit Einschluß der handels- und wechselrechtlich. Lehren, Band II, 1890 (Hasenöhrl.)

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts I. Band 1903 (K. Hellwig, Lehrbuch).

Hellwig: System des Deutschen Zivilprozeßrechts 1. Teil 1912 (K. Hellwig, System).

Jäger: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen mit einem Anhang, enthaltend das Anfechtungsgesetz usw. Band I. 2. Aufl. 1904 (Jäger 2. Aufl.). 6/7. Aufl. 1928 (Jäger 6/7. Aufl.)

Karlowa: Römische Rechtsgeschichte (Karlowa).

Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Band I, 1904.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. I. Band 1929 (Leonhard, Schuldrecht).

Leonhard: Bürgerliches Recht. Ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. (Leonhard Lehrbuch i. k. S.) 2. Aufl. 1926.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen (Oertmann).
Band I Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.

Oertmann: Band II Recht der Schuldverhältnisse
1. Abteilung, 5. Aufl. 1928.
2. Abteilung, 5. Aufl. 1928.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (Planck)
Band I 4. Aufl. 1913.
Band II 1, 4. Aufl. 1914
Band II 2, 4. Aufl. 1928.

Regelsberger: Pandekten Band I, 1893, in: Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft von Binding I, 7, 1. (Regelsberger, Pandekten).

Seuffert-Walsmann: Kommentar zur ZPO. 12. Aufl. I. Band, München 1932 (Seuff.-Walsmann).

Sohm-Mitteis: Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts, 17. Aufl. 1923 (Sohm-Mitteis).

Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1897.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Band III, 12. u. 13. Aufl. 1926 (Staub).

Staub-Stranz: Wechselordnung 12. Aufl. 1929 (Staub-Stranz).

Staudinger, von: Kommentar zum BGB. (Staudinger).
I 9. Aufl. 1925.
II 1, 9. Aufl. 1930.
7/8 Aufl. 1912.
II 2, 9. Aufl. 1929.

Stein-Jonas: Kommentar zur ZPO., 14. Aufl. 1928 (Stein-Jonas).

Tuhr, von: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts (von Tuhr, Lehrbuch).
I. Band, Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1910.
II. 1, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft = X. Abteilung, 1. Teil, 1. und 2. Band des Systematischen Handbuchs der deutschen Rechtswissenschaft von Binding 1914.

Wendt: Lehrbuch der Pandekten 1888 (Wendt Pandekten).

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts unter vergleichender Darstellung des Deutschen bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 1906 (Windscheid-Kipp).

II. Abhandlungen.

Affolter: Über Zession von Forder., Bürgerl. Arch. 13. S. 296 ff.

Bähr, Otto: Zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Kritische Vierteljahrsschrift 30, S. 322 ff.

Bähr, Otto: Zur Zessionslehre, Jher. Jahrb. I. S. 351 ff.

Brunner, H.: Forschungen zur Geschichte des deutschen und französischen Rechts. Ges. Aufsätze Stuttgart, 1894.

Durchholz: Das sogen. versteckte Wechsel- und Inkasso-Indossament, Gruch. 47, S. 533 ff.

Eccius: Kondiktion des Wucherers nach BGB. DJZ 1903 S. 41.

Eccius: Zur Lehre von der Vollmacht nach Bürgerl. Gesetzbuche, Gruch. 47, S. 210 ff.

Fischbach, O: Treuhänder und Treuhandgeschäfte nebst Beiträgen zur Lehre vom Eigentum, von der Stellvertretung und vom Auftrag. Mannheim und Leipzig 1912.

Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts, Marburg 1901.

Gürgens: Die Singularsukzession in die Schuld, Jher. Jahrb. 8. S. 221 ff.

Hartrodt, G.: Die Diskontierungen von Buchforderungen in banktechnischer, volkswirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung, Berlin 1912.

Haymann, E.: Anmerkung zur Entsch. des Reichsgerichts in JW 1932 S. 397 ff.

Hellwig, Hans: Ermächtigung zur Prozeßführung über fremde Rechte im eigenen Namen, Gruch. 55 S. 697 ff. (H. Hellwig).

Hellwig, K.: Die Verträge auf Leistungen an Dritte, 1899.

Heymann, E.: Trustee und Trustee-Company im deutschen Rechtsverkehr, in Festschrift für Heinrich Brunner, Weimar 1910, S. 473 ff.

Hirsch, H. Ch.: Übertragung der Rechtsausübung. Vervielfältigung des Rechts, I. Teil Berlin 1910.

Höniger, H.: Die Diskontierung von Buchforderungen. Ihre Rechtsnatur und Rechtswirkungen, Mannheim 1912.

Hupka, J.: Die Vollmacht. Eine zivilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des Deutschen bürgerl. Gesetzbuches, Leipzig 1900.

Jacobi: Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht, 2. Aufl. Sonderausgabe, Leipzig 1917.

Jander: Die Legitimationsübertragung, JW 1913, S. 470 ff.

Jhering, R. v.: Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Teil I Leipzig 1891. Teil II 1880/83. Teil III 1888.

Jhering, R. v.: Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. Jherings Jahrbuch 2 S. 68 ff.

Isay, H.: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich; in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, 6. Band 1. Heft, Jena 1900.

Kiehl: Besprechung der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich von Güthe, Gruch. 55 S. 482 ff.

Kisch, W.: Das Reichsgericht und der Parteibegriff in: Die Reichsgerichtspraxis im Deutschen Rechtsleben. Festgabe der Jur. Fakultät zum 50jähr. Bestehen des Reichsgerichts in 6 Bänden Berlin u. Leipzig 1929 S. 35 ff.

Klinge: Juristische Natur der Inkassozession, Greifswald, 1900.

Kohler: Noch einmal über Mental-Reservation und Simulation. Jher. Jahrb. 16, S. 325 ff.

Kohler: Die Resolutiv-Bedingung. Bürgerl. Arch. 13, S. 81 ff.

Kohler: Studien über Mental-Reservation und Simulation. Jher. Jahrb. 16, S. 92 ff.

Krahe: Zur Rechtsprechung über die Vorausabtretung von Forderungen bei Lieferungen unter Eigentumsvorbehalt in K. u. T. 1932 S. 87 ff.

Krückmann, P.: Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach Römischem Recht. Ziv. Arch. 103, S. 139 ff.

Kuhlenbeck, L.: Fiduziarische Zession, insbesondere zur Umgehung des § 110 CPO, ein Beitrag zur Lehre vom Scheingeschäfte, der sogenannten Umgehung des Gesetzes und Treuhänder. Seuff. Bl. f. R.-A. 70 S. 337 ff.

Lang, H. v.: Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte Ziv. Arch. 83 S. 336 ff.

Löbl: Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen. Ziv. Arch. 129 S. 252 ff. und 130 S. 1 ff.

Ludewig: Die Ermächtigung nach Bürgerlichem Recht. Marburg 1922.

Matthießen: Zur Frage der Gültigkeit der Forderungsabtretungen in Eigentumsvorbehaltsklauseln, K. u. T. 1932 S. 86 f.

Matthießen: Zur neuesten Reichsgerichtsrechtssprechung über die Forderungsabtretung in Eigentumsvorbehaltssachen, K. u. T. 1932 S. 154 ff.

Mühlenbruch: Die Lehre von der Zession der Forderungsrechte, 3. Aufl. 1836

Nußbaum: Zum Urteil des RG, in JW 1928 S. 216 veröffentlicht. JW 1928 S. 629 ff.

Oertmann: Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, Jher. Jahrb. 66 S. 130 ff.

Regelsberger: Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession, Ziv. Arch. 63 S. 157 ff.

Richter H.: Die fiduziarische Uebertragung des Prozeßführungsrechts im eigenen Namen. Gruch. 60 S. 766 ff.

Rumpf: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB, Ziv. Arch. 117 S. 315 ff.

Schäfer: Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken, JW 1912 S. 103.

Schefold: Das Erziehungsrecht des Forderungspfandgläubigers (jus exigendi beim pignus nominis) CPO. § 835, BGB. § 1282. Ziv. Arch. 91 S. 268 ff.

Schloßmann S.: Die Lehre von der Stellvertretung insbes. bei obligatorischen Verträgen I. Teil, Kritik der herrschenden Lehren. Leipzig, 1900.

Schmidt A.: Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken, Gruch. 57 S. 241 ff.

Schöninger: Forderungabtretung zum Zwecke des Einzugs (Zession zum Inkasso) Ziv. Arch. 96 S. 163 ff.

Schöny: Treuhandgeschäft, Bürgerl. Archiv. 35 S. 291 ff.

Schott R.: Ueber Veräußerungsverbote und Resolutivbedingungen im bürgerlichen Recht. Festgabe für Felix Dahn zu seinem 50jährigen Doktorjubiläum gewidmet von gegenwärtigen und früheren Angehörigen der Breslauer juristischen Fakultät. Breslau 1915, S. 303 ff.

Schultze, A:	Die langobardische Treuhand und ihre Umgestaltung zur Testamentsvollstreckung; in Gierkes Untersuchungen Heft 49 1895.
Schultze:	Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht, Jher. Jahrb. 43 S. 1.
Seeler, v. W.:	Vollmacht und Scheinvollmacht, Bürgerl. Archiv 28 S. 1 ff.
Siber, A.:	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit Jher. Jahrb. 70 S. 223 ff.
Siber, A.:	Das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen im Deutschen BGB. Jher, Jahrb. 67 S. 8 ff.
Sohm, R.:	Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Bürgerl. Arch. 28 S. 173 ff.
Stampe:	Zur Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1921 S. 479 f Nr. 22
Stulz:	Zur Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1932, S. 1965 Nr. 3.
Strohal:	Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Jher. Jahrb. 27 S. 335 ff.
Tuhr, von:	Die unwiderrufliche Vollmacht. In der Straßburger Festschrift für Laband 1908 S. 43 ff.
Türk:	Über die Einziehungsbefugnis des Zendenten im Hinblick auf die Diskontierung von Buchforderungen JW 1911, S. 1003 ff.
Volmer:	Eintragungsfähigkeit der Pfändung und Ueberweisung des Berichtigungsanspruchs Gruch. 59 S. 624 ff.
Wieland, C.:	Die Ermächtigung zum Leistungsempfang, Ziv. Arch. 95 S. 161 ff.
Wienstein:	Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Recht. Gruch. 48 S. 477 ff.
Wienstein:	Untersuchungen zum Begriffe des fiduziarischen Rechtsgeschäfts. Gruch. 46 S. 245 ff.
Wilutzky:	Die Verfügungen des BGB., Bürgerl. Arch. 28 S. 33 ff.
Wolff, Max G. H.:	Wesen und Voraussetzungeu der Zession. Eine grundbegriffliche Untersuchung auf schweizerisch-rechtlicher Grundlage Diss. Zürich, Aarau 1917. (Max G. H. Wolff).

Zitelmann: Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Ziv. Arch. 99 S. 1 ff.

III. Zeitschriften.

Archiv für Bürgerliches Recht (Bürgerl. Arch.).

Archiv für die Zivilistische Praxis (Ziv. Arch.).

Deutsche Juristenzeitung (DJZ).

Das Recht (Recht).

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch.).

Grünhuts Zeitschrift für Privat- u. Oeffentliches Recht (Grünhut).

Jhering, Jahrbücher für Dogmatik des Römischen und Deutschen Privatrechts (Jher. Jahrb.).

Juristische Wochenschrift (JW).

Konkurs- und Treuhandwesen (K. u. T.).

Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Krit. V. Sch.).

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ).

Seufferts Blätter für Rechtsanwendnng (Seuff. Bl. f. RA).

Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß (ZZP)

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.

IV. Gerichtsentscheidungen.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen (Bolze).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ).

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG).

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts (KGE).

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLGE).

Seufferts Archiv f. Entscheidungen der Obersten Gerichte (Seuff. Arch).

Warnayer, Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Warn.).

ferner:

zahlreiche Entscheidungen in der Juristischen Wochenschrift, Deutschen Juristenzeitung, Gruchots Beiträgen, im Recht u. a.

Einleitung.

Im Lauf der vergangenen Jahre, in der Zeit der wirtschaftlichen Not und des wirtschaftlichen Niedergangs, in einer Zeit, in der Unternehmen auf Unternehmen zusammenbrach und keines mehr sicher erschien, suchte sich jeder so gut wie möglich gegen Ausfälle zu sichern. Die zur Zeit der Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches als ausreichend erscheinenden Sicherungsformen haben schon lange nicht mehr genügt. Schon seit langer Zeit finden wir in den meisten Kauf- oder anderen Verträgen, in denen ein Teil Kredit gewährt, Formen wie Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt und sonstige fiduziarische Rechtsgeschäfte der verschiedensten Art. Die sich immer mehr und mehr verschärfende Wirtschaftskrise hat die Kreise der Industrie und des Handels, die Kredit gewähren, zu einer sich mehr und mehr steigernden Anwendung des Eigentumsvorbehalts veranlaßt. Man kann schon sagen, daß es bei Lieferungen von Waren auf Kredit kaum noch Verträge gibt, in denen sich ein Eigentumsvorbehalt nicht findet. Aber selbst diese Sicherungsmaßnahme genügte bei vielen Geschäften nicht mehr. Dies gilt besonders bei Lieferungen von Waren, die zur Weiterveräußerung bestimmt sind. Die Weiterveräußerung hat regelmäßig den Verlust des Eigentumsrechts zur Folge. Tritt nun bei dem Abnehmer, d. h. demjenigen, der die Ware unter Eigentumsvorbehalt gekauft hat, Zahlungsunfähigkeit ein, hat er aber inzwischen die Ware weiterveräußert, so nützt dem Lieferanten sein Eigentumsvorbehalt nichts mehr. Da er nur noch eine obligatorische Forderung hat, fällt diese bei Eintritt von Konkurs oder bei gerichtlichem oder außergerichtlichem Vergleich ganz oder teilweise aus. Zahlreiche Verbände und Einzelfirmen haben sich daher in anderer Weise zu sichern gesucht, und zwar in der Weise, daß gemäß Vereinbarung mit dem Abnehmer (= Wiederverkäufer) die aus dem Weiterverkauf entstehenden Forderungen im voraus an den Lieferanten abgetreten werden. Es soll hier nicht untersucht werden, ob eine solche Vertragsbestimmung zulässig ist. Die Frage, ob künftige Forderungen und bejahendenfalls, in welchem Umfange sie abgetreten werden können, ist in Schrifttum und Praxis heftig umstritten gewesen[1]). Das Reichsgericht[2]) hat sich in neuester

[1]) Vergl. Oertmann § 399 1c γ und das dort angeführte Schrifttum.
[2]) In RGZ 132 S. 187; 135 S. 140; 136 S. 100 ff. in K. u. T. 1932 S. 57 u. 159,

Zeit wiederholt mit dieser Frage beschäftigt, ebenso wie viele andere Anlaß genommen haben zu ihr Stellung zu nehmen [3]). Wir können feststellen, daß mit dem Reichsgericht [4]) sich die überwiegende Meinung auch im Schrifttum für die Zulassung der Abtretung künftiger Forderungen in gewissem Umfang ausgesprochen hat [5]). Es werden besonders Zweifel hinsichtlich der Frage geäußert, ob die abgetretenen Forderungen genügend bestimmt und bestimmbar seien. Ohne Zweifel kann diese Frage nur im Einzelfall entschieden werden. Es muß jedoch dem Reichsgericht m. E. darin zugestimmt werden, wenn es sagt, daß das Erfordernis der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit dann erfüllt ist, wenn es im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Abtretung möglich ist, Person und Inhalt des abgetretenen Anspruchs zu bezeichnen [6]). Steht man auf dem Standpunkt, daß eine Abtretung künftiger Forderungen — sei es auch nur in gewissem Umfang — möglich und zulässig ist, so entsteht folgende weitere Frage: wie stellt sich dann das Verhältnis einmal zwischen dem Weiterverkäufer und dem Käufer, anderseits zwischen Erst- und Zweitverkäufer dar? Es ist einleuchtend, daß es den Grundsätzen und Gepflogenheiten des heutigen wirtschaftlichen Lebens nicht entsprechen würde, wenn infolge der Abtretung der Forderung an den Erstverkäufer der Zweitverkäufer in keiner Beziehung mehr zu dem Käufer stehen würde, wenn — mit andern Worten — der Erstverkäufer die Forderung einziehen müßte, es dem Zweitverkäufer aber nicht mehr möglich wäre, die geschuldete Leistung entgegenzunehmen. Der Kleinhandel beruht auch heute noch zum größten Teil auf einem gewissen Vertrauensverhältnis zwischen Händler und Käufer. Der Käufer will meist nur mit einem bestimmten Geschäft, vielleicht auch nur mit einem bestimmten Menschen in Verbindung stehen. Besonders stark ist dieses Vertrauensverhältnis dann, wenn der Zweitverkäufer wiederum unter Kredit verkauft — und in diesem Fall hat ja die Abtretung künftiger Forderungen besondere Bedeutung. Bei Kreditkäufen ist der Käufer in Bezug auf Zeit und Art der Zahlungsweise mehr oder minder auf das Wohlwollen des Kreditgebers angewiesen. Der Käufer und der Kreditgeber stehen daher meist in einem persönlichen Verhältnis, das dann erschüttert werden kann, wenn an die Stelle des Kreditgebers ein anderer, dem Käufer gänzlich Unbekannter tritt. Dieser Dritte hat weder mit Rücksicht auf sein Geschäft, noch aus persönlichen Gründen auf die Kundschaft des Weiterverkäufers Rücksicht zu nehmen und wird daher oft ohne Hemmungen das Ziel verfolgen, die geschuldete Leistung zu erlangen. Die Rück-

[3]) Krahe in K. u. T. 1932 S. 87; Matthießen in K. u. T. 1932 S. 86 und S. 154 ff.; Ruge in K. u. T. 1932 S. 133; Stulz in JW 1932 S. 1965.

[4]) Vergl. außer den in Anm. 2 zitierten u. a. RG in RGZ 55 S. 334 und 402; 58 S. 72; 75 S. 225; 67 S. 168; in JW 1910 S. 230; 1911 S. 576; Warn. Rechtspr. 1913 Nr. 400; OLG Hamburg in OLGE 4 S. 213; für das gemeine Recht: RGZ 8 S. 189; Windscheid § 335, 1d Anm. 12.

[5]) a. M. Eccius in DJZ 1904 S. 54 u. a. Für die Zulässigkeit s. außer den Anm. 3 Genannten: Enneccerus § 302 II 2, Fischbach S. 154.

[6]) In RGZ 136 S. 100 ff.

sicht auf dieses Vertrauensverhältnis verbietet es daher, daß der Erstverkäufer in jedem Fall ohne weiteres berechtigt wird, die Forderung einzuziehen.

Es tritt noch ein weiterer Grund hinzu. In den Augen des kaufenden Publikums ist es noch immer ein Zeichen von wirtschaftlich ungünstiger Stellung, wenn jemand seine Forderungen einem anderen verpfändet. Die Folge ist, daß die Käufer oft schon aus diesem Grunde sich nicht mehr zur Kundschaft dieses Verkäufers rechnen lassen wollen. Diese Gründe verbieten es insbesondere, daß dem Käufer von der Abtretung der Forderung Kenntnis gegeben wird. Aus diesem Grunde überläßt der Erstverkäufer dem Zweitverkäufer das Recht zur Einziehung. (Meist wird nur vereinbart, daß erst mit eintretender Zahlungsunfähigkeit der Zessionar das Recht zur Einziehung erhalten soll.) In diesen Fällen hat das Reichsgericht in neuerer Zeit eine Einziehungsermächtigung angenommen. Inhaber der Forderung ist durch die Abtretung der Erstverkäufer geworden. Gleichzeitig wird der Zweitverkäufer ermächtigt, die Forderung für den Erstverkäufer in eigenem Namen einzuziehen. Das Reichsgericht hat die Zulässigkeit einer solchen Einziehungsermächtigung in neuerer Zeit ohne nähere Begründung lediglich unter Berufung auf frühere Entscheidungen bejaht — oft ohne auf die Frage der Einziehungsermächtigung einzugehen, indem es das Problem dahin stellte, ob es möglich sei, eine Forderung zu übertragen und dem Abtretenden das Einziehungsrecht zu belassen. Es hat die Zulässigkeit der Abtretung ohne Uebertragung des Einziehungsrechtes auf die Fälle beschränkt, in denen der neue Inhaber der Forderung nicht ganz bzw. nicht für immer von der Verfügung über die Forderung, von der Einziehung ausgeschlossen wird [7]). In diesen bereits mehrfach erwähnten Entscheidungen wird u. a. auf eine Entscheidung im 133. Band [8]) Bezug genommen. In dieser Entscheidung finden wir aber auch nur eine kurze Begründung, die der Bedeutung der Frage, dem bisherigen nicht einheitlichen Entscheidungen und den erst neuerdings wieder im Schrifttum geäußerten entgegenstehenden Meinungen nicht gerecht wird. Es soll Ziel dieser Arbeit sein, zu untersuchen, ob die Möglichkeit dieser Ermächtigung juristisch zu vertreten ist. Insbesondere ist bisher verkannt worden, daß den allgemeinen Interessen solche des Schuldners gegenüberstehen, und daß es deshalb nicht genügt, sich auf eine wirtschaftliche Notwendigkeit zu berufen. Es ist auch übersehen worden, daß es andere Wege gibt, um dem Zedenten die Einziehungsmöglichkeit zu verschaffen. Ich halte es daher für erforderlich, die Frage der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung einer eingehenden Erörterung zu unterziehen. Dies ist um so mehr geboten, als solche Ermächtigungen zur Einziehung nicht nur in den erwähnten, sondern auch mancherlei ähnlichen Fällen vorkommen.

---

[7]) s. K. u. T. 1932 a. a. O.; RGZ 136 a. a. O,

[8]) S. 234 ff.

1. Kapitel.

Abgrenzung von verwandten Erscheinungen. Problemstellung. Schrifttum.

§ 1.

Rechtsübertragungen; Erscheinungsformen der Ueberlassung des Rechts zur Einziehung einer Forderung.

Unsere Rechtsordnung kennt und schützt das private Eigentum. Seit den frühesten Zeiten menschlichen Zusammenlebens trat ein Wechsel in Eigentumsverhältnissen ein. Es war Sinn und Pflicht der Rechtsordnung, Formen für diesen Wechsel zu finden und auszubilden. Zunächst war es wohl die äußere Form des Tauschs, unter der sich der Eigentumswechsel vollzog. Als man durch die fortschreitende Entwicklung des Güteraustauschs zwischen einzelnen und unter Völkern dazu kam, ein neutrales Tauschobjekt: das Geld einzuführen, entstand die Form des Kaufvertrags, durch den sich jemand verpflichtet, gegen eine Geldleistung das Eigentum an einer bestimmten Sache zu übertragen. Wir finden daher schon in den ältesten Rechtsordnungen stark entwickelte Grundsätze für Uebertragung des Eigentums und für die Formen, unter denen sich diese Uebertragung vollzog, für Kauf und Tausch.

Bei diesen wenigen rechtlichen Erscheinungen konnte es nicht bleiben. Je mehr sich Handel und Leben unter den Völkern entwickelte, um so mehr Formen mußten gefunden werden. Das Eigentum ist das umfassendste Herrschaftsrecht eines einzelnen oder einer Gruppe über eine bestimmte ihm bzw. ihr gehörende Sache. Mit dieser Sache kann der Eigentümer nach Belieben verfahren, soweit nicht die Rechtsordnung Grenzen gesetzt hat — im Interesse der Allgemeinheit (vgl. für das heutige Recht §§ 903 ff. BGB) — oder soweit sich nicht der Eigentümer selbst Grenzen setzt, indem er einen Teil seiner Macht einem anderen überträgt. Neben der Uebertragung des Eigentums selbst (§§ 929, 873 BGB) entstand die Möglichkeit, das Eigentum auf andere Weise zu verwerten. Die Sachen wurden „belastet", und die Belastung gestaltete sich verschieden, je nachdem was belastet werden sollte bzw. welcher Erfolg beabsichtigt war (Nutzungs- oder Verwertungsrechte). Kommt eine solche Belastung zustande, so entsteht der eigentümliche Zustand, daß jemand Eigentümer einer Sache ist, ohne mit ihr beliebig verfahren zu können. Es tritt der Zustand ein, den unser Recht im zweiten Teil des § 903 BGB niedergelegt hat, daß der Alleingewalt des Eigentümers Rechte Dritter entgegenstehen, ein eigentümlicher Zustand deshalb, weil der Eigentumsbegriff in seiner normalen Form ein volles Herrschaftsrecht voraussetzt.

Die Grenzen, die dem Eigentümer durch eine Belastung der Sache gesetzt sind, sind je nach der äußeren Form, unter der die Belastung entsteht, verschieden: Eigentum und Nutzungsrecht sind getrennt beim

Nießbrauch bzw. den Dienstbarkeiten (Grunddienstbarkeiten und Nießbrauch) bei Grundstücken; Eigentum und Verwertungsrecht sind getrennt beim Pfandrecht an beweglichen Sachen bzw. den „Grundpfandrechten“ [1]) (Reallast, Hypothek, Grund- und Rentenschuld).

Mit dem Entstehen des wirtschaftlichen Lebens durch Güteraustausch, mit dem Aufkommen des Tausch- und Kaufverkehrs, entstand neben den körperlichen Dingen und dem dinglichen Herrschaftsrecht über sie ein abstrakter Rechtsbegriff, die Forderung. Es war eine selbstverständliche Folge, daß man sich, nachdem die Möglichkeit gegeben war, etwas zu übertragen, auch zu einer solchen Uebertragung verpflichten konnte. Die Verpflichtung zur Uebertragung erzeugt auf der anderen Seite das Recht, die Uebertragung zu „fordern“, das Forderungsrecht oder kurz: die Forderung. „Forderungsrecht ist das Recht einer Person, des Gläubigers, gegen eine andere Person, den Schuldner, auf Leistung“ [2]). Der Inhaber der Forderung [3]) kann über die Forderung nach Belieben verfügen. Er hat ein Herrschaftsrecht über die Forderung, das man mit dem Eigentum als der Herrschaft über eine Sache vergleichen kann. Die Macht des Forderungsinhabers ist jedoch logischerweise von vornherein nicht nur durch die Interessen der Allgemeinheit beschränkt. Das Eigentum ist ein dingliches Recht, ein Recht an einer Sache. Die Forderung ist ein obligatorisches Recht, ein Recht gegen eine Person. Die Forderungsrechte bestehen nur durch die wechselseitige Beziehung, in der bestimmte Personen zu einander stehen. Das Herrschaftsrecht, das der Forderungsinhaber hat, ist daher beschränkt durch das Interesse der Person, an die der Forderungsinhaber durch das „Obligations“-Verhältnis „gebunden“ ist, die des Schuldners. Trotz dieser Interessen und trotz der Natur des Forderungsrechtes brachte es die wirtschaftliche Entwicklung mit sich, daß die Möglichkeit, sich des Herrschaftsrechts über die Forderung ganz zu entäußern (durch Abtretung §§ 398 ff. BGB), geschaffen werden mußte [4]). Bei der Verschiedenheit der Objekte eines Sachenrechts einerseits, anderseits eines Forderungsrechts, muß die Uebertragung der Forderung auf andere Weise geschehen wie die Uebertragung von körperlichen Gegenständen. Während hier Körper vorhanden sind, an denen die Uebertragung sichtbar werden kann (Erkenntlichkeitsprinzip des Sachenrechts), ist dies bei der Forderung, einem abstrakten Rechtsbegriff, nicht möglich. Hier geschieht die Uebertragung „in der reinen Vorstellung“ [5]).

Auch hier ist nicht nur eine vollkommene Entäußerung des Herr-

---

[1]) Enneccerus I, 1 § 72 I A 4 b.
[2]) Enneccerus a. a. O. § 72 III.
[3]) Es soll hier nicht auf die Frage eingegangen werden, ob es ein Eigentum an Forderungen gibt. Die Frage ist sehr umstritten; vgl. die ausführlichen Darlegungen und Schrifttumsangaben bei Leonhard, Lehrbuch § 24 S. 60 ff. Um unbeabsichtigte Folgerungen zu vermeiden, soll hier nur von „Inhaber der Forderung“ gesprochen werden.
[4]) Anders ursprünglich im römischen Recht, vgl. unten § 6.
[5]) Max G. H. Wolff, S. 4.

schaftsrechts möglich, unser Recht kennt ebenso wie bei Sachen auch bei Forderungen Formen, unter denen es zulässig ist, einem anderen lediglich das Nutzungsrecht (Nießbrauch an einer Forderung §§ 1068 ff. BGB) und das Verwertungsrecht (Pfandrecht an einer Forderung §§ 1273 ff. BGB) zu übertragen.

Die Abtretung als einfachste Form hat zur Folge, daß ein neuer Forderungsinhaber an der Stelle des bisherigen in Beziehung zu dem Schuldner tritt. Der bisherige Inhaber verliert jede Macht — ebenso wie die Eigentumsübertragung an einer Sache zur Folge hat, daß dem bisherigen Eigentümer kein Herrschaftsrecht mehr zusteht.

Die Bestellung des Nießbrauchs an einer Forderung berechtigt einen anderen zur Einziehung und Kündigung der Forderung (§ 1074 BGB). Macht der Nießbraucher von einem Einziehungsrecht Gebrauch, so erwirbt er ein Nutzungsrecht an den eingezogenen Sachen.

Durch das Pfandrecht entsteht ein Sicherungsrecht. Der Pfandgläubiger kann die Forderung in bestimmten Fällen einziehen, er kann die ihm verpfändete Forderung unter bestimmten Voraussetzungen in anderer Weise verwerten. Zur Bestellung des Pfandrechts an einer Forderung ist Anzeige an den Schuldner erforderlich. Die Einziehung erfolgt in all diesen Fällen kraft eigenen Rechts unter gewissen Beschränkungen, die sich aus der Natur der Rechtserscheinungen ergeben.

Diese im Gesetz geregelten Formen haben mit der Zeit nicht mehr genügt; das Wirtschaftsleben forderte weitere Möglichkeiten, um Macht zu vergeben bzw. zu erwerben. Auf allen Gebieten des Lebens treten zweckgebundene Geschäfte auf, die den verschiedensten, insbesondere Sicherungszwecken dienen. Das Verlangen nach Neubildung wird groß. Es werden beim Forderungsrecht Formen für eine teilweise Machtentäußerung gesucht und z. T. auch gefunden, für eine Entäußerung dahin, daß lediglich das Einziehungsrecht, d. h. das Recht zur gerichtlichen und außergerichtlichen Geltendmachung der Forderung oder nur eins von beidem einem anderen übertragen werden soll. Ob bei dieser Machtentäußerung die Forderung selbst übertragen oder nicht übertragen, das Recht zur Einziehung dem Forderungsinhaber auf die Dauer oder nur auf Zeit entzogen werden oder dieser es überhaupt behalten, ob derjenige, dem die Macht übertragen wird, diese im eigenen oder fremden Namen auszuüben berechtigt sein soll, das alles sind Fragen, die davon abhängen, ob und auf welchem Wege es rechtlich zulässig ist, sich des Einziehungsrechts zu begeben.

Wir müssen uns von vornherein darüber klar sein, daß es nicht nur einen Weg gibt, auf dem jemand einem anderen die Möglichkeit, eine Forderung einzuziehen, verschaffen kann. Drei verschiedene Wege sind zu unterscheiden, die ich mit „Einziehungsvollmacht", „Einziehungsermächtigung" und „Abtretung zur Einziehung" (fiduziarische Zession) bezeichnen möchte.

Von diesen drei Wegen soll die Frage der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung Gegenstand unserer Abhandlung sein. Der Vollständigkeit wegen und zu einem richtigen Erfassen des Wesens der

Einziehungsermächtigung und ihrer Grenzen ist es erforderlich, zunächst einmal Bedeutung, rechtliche Begründung und Wirkungen der beiden anderen Möglichkeiten der Ueberlassung des Einziehungsrechts zu betrachten. Erst durch sie erhalten wir ein genaues Bild auch von der Erscheinung, die Gegenstand unserer Betrachtung sein soll, von der Einziehungsermächtigung.

Es soll und muß hier zunächst darauf hingewiesen werden, daß bisher im Schrifttum oft das Verhältnis der Einziehungsermächtigung zu den beiden anderen Erscheinungen der Ueberlassung des Einziehungsrechts nicht klar genug hervorgetreten ist, vielmehr von vielen Schriftstellern und Gerichten diese Begriffe neben einander für eine Erscheinung verwandt worden sind. Daraus erklärt es sich teilweise, daß die rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen mancher Schriftsteller zu dieser Frage nur verwirrend sind und verwirren können. Der Ausdruck „Einziehungsermächtigung" hat sich erst in neuerer Zeit durchgesetzt [6]). Im Schrifttum spricht man heute wohl meist von „Einziehungsermächtigung" [7]). Man hat früher [8]) gern von „Inkassomandat", von „Inkassozession", von „Legitimationsübertragung" [9]) geredet bzw. die in Frage stehende Erscheinung unter diesen Begriffen behandelt. Wir finden leider auch heute noch oft diese den Begriff der Einziehungsermächtigung verwirrenden Ausdrücke verwendet [10]). Das Reichsgericht hat auch erst in neuerer Zeit den Begriff „Ermächtigung" regelmäßig gebraucht [11]). Auch dieses hat früher von „Mandat", von „Vollmacht" oder von „Zession" gesprochen; Begriffe, die jedoch ein falsches Bild von der Erscheinung geben, die mit diesem Ausdruck bezeichnet werden soll, ja sogar dazu verleiten, die Grenzen — einerseits zwischen Mandat bzw. Vollmacht und Ermächtigung, anderseits zwischen Ermächtigung zur Einziehung und Abtretung — zu verwischen.

Wir haben bereits erwähnt, daß die Verwendung der verschiedenen Ausdrücke eine teilweise Erklärung dafür bietet, daß wir uns bei Betrachtung des einschlägigen Schrifttums oft kein klares Bild von dieser Erscheinungsform machen können. Ein lehrreiches Beispiel für den Durcheinander an Begriffen und die Verwirrung, die durch diese ent-

---

[6]) Man findet trotzdem auch heute noch, wenn man mit Juristen von Einziehungsermächtigung spricht, daß dieser Begriff unbekannt, oder höchstens unter dem Namen „Inkassozession" bekannt ist. Es ist ein bedauernswerter Zustand, daß bei treffenden deutschen Worten immer noch unpassende Fremdworte gebraucht werden müssen. Es wird später noch zu erörtern sein, wieso sich der Ausdruck „Einziehungsermächtigung empfiehlt.

[7]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht § 345 f.; Enneccerus § 303 IV 2; Enneccerus-Lehmann § 80 IV 2; Ludewig § 24; Oertmann II S. 433, u. a.

[8]) Vgl. die sehr lehrreiche Entscheidung des OLG. Hamm in OLGE 36 S. 22.

[9]) s. die Abhandlungen von Jander, Ludewig und Schmidt.

[10]) Vgl. auch RGK § 398, Anm. 1 S. 599.

[11]) RGZ 133 S. 234 ff., insbes. S. 240; 136 S. 100 ff.; K. u. T. 1932 S. 57, S. 93 und S. 159.

stehen kann, liefert eine Entscheidung des OLG Dresden[12]), die für den gleichen Rechtsbegriff — u. z. anscheinend die hier zu behandelnde Einziehungsermächtigung — die Ausdrücke „Abtretung", „Zession", „Inkassovollmacht", „Beschaffung der Sachlegitimation", „fiduziarische Abtretung" innerhalb weniger Sätze nebeneinander gebraucht. Ebenso beruht eine Entscheidung des OLG Stettin[13]) auf einer nicht klaren Abgrenzung der fiduziarischen Zession von der Ermächtigung zur Einziehung; wir finden auch dort die Ausdrücke „Inkassomandat" und „fiduziarische Zession" nebeneinander. Auch Klinge, „Inkassozession", sei hier erwähnt, der bei Gebrauch des Ausdrucks „Inkassozession" oft nicht klar erkennen läßt, ob er eine Zession oder eine Einziehungsermächtigung in unserem Sinn meint.

Eine genaue Abgrenzung dieser Begriffe tut not. Es soll daher zunächst unsere Aufgabe sein, Wesen und rechtliche Natur der Vollmacht zur Einziehung und der Abtretung zur Einziehung zu betrachten.

§ 2.

Die Vollmacht zur Einziehung[1]).

Will der Inhaber einer Forderung einem anderen die Möglichkeit geben, seine Forderung geltend zu machen, so kann er dies auf dem Wege tun, daß er den anderen bevollmächtigt. Es ist dies die einfachste Form, jemandem die Möglichkeit, die Forderung eines anderen einzuziehen, zu verschaffen.

Vollmacht ist die „durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht" (§ 166 Abs. 2 BGB). Damit bringt das Gesetz zum Ausdruck, daß dem Bevollmächtigten eine „Macht" erteilt wird, die Macht, einen anderen, den Vollmachtgeber, zu vertreten d. i. die Macht, mit Wirkung für den Vollmachtgeber zu handeln. Als Vertreter handeln setzt voraus, daß der Vertreter im Namen des Vertretenen dessen Macht ausübt[2]). Dafür spricht zwar nicht die geschichtliche Entwicklung. Denn gerade das römische Recht, dem wir die Ausbildung der meisten unserer Rechtsbegriffe verdanken, aus dem wir einen großen Teil unserer grundlegenden Rechtssätze entnommen haben, kannte lediglich die sog. „indirekte" oder „mittelbare" Stellvertretung, die dann vorliegt, wenn jemand ein Geschäft zwar für einen anderen, aber im eigenen Namen abschließt[3]). Diesen „indirekten" Stellvertreter kennt unser bürgerliches Recht nicht mehr. Nur im Handelsgesetzbuch finden wir bei der Regelung des Kommissionsgeschäftes eine Bestimmung, die der indirekten Stellvertretung entspricht: die Bestimmung des

---

[12]) OLGE 9 S. 30 f.
[13]) OLGE 23 S. 19 f.

[1]) Vgl. zum Folgenden: Eccius in Gruch. 47 S. 210 ff.; Enneccerus §§ 171 ff.; Hupka, die Vollmacht; Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 47; Ludewig § 12 S. 55; Schloßmann, Stellvertretung; Seeler in Arch. f. Bürg. Recht, 28 S. 1 ff; Wieland in Ziv. Arch. 95, S. 161 ff. und die einschlägigen Kommentare.
[2]) Enneccerus § 166, I 1b; Leonhard, a. a. O. S. 45; Seeler, a. a. O. S. 25.
[3]) Vgl. unten § 6.

§ 392 Abs. 2 HGB. Unser bürgerliches Recht geht grundsätzlich davon aus, daß ich jemanden dadurch vertrete, daß ich in seinem Namen handele. Nur dann, nicht aber bei der indirekten Stellvertretung wirkt das Geschäft für und gegen den Vertretenen [4]). Es ist nicht erforderlich, daß der Bevollmächtigte ausdrücklich erklärt, im Namen des Vollmachtgebers zu handeln. Die Vertretungsmacht und die Tatsache des Handelns als Vertreter eines anderen kann sich auch aus den Umständen ergeben und durch sie kundgetan werden [5]).

Die „Vollmacht" gibt dem Bevollmächtigten die Macht, für einen anderen in dessen Namen Rechtsgeschäfte abzuschließen. Die Erteilung der Vollmacht erfolgt meist mit Rücksicht auf ein bereits bestehendes oder entstehen sollendes Rechtsverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und demjenigen, der bevollmächtigt werden soll. Dieses Verhältnis bezeichnen wir als „Grundverhältnis". Es kann Auftrag, es kann Dienst- oder Werkvertrag sein, es kann auch ein Gesellschaftsvertrag sein, der der Vollmacht zugrunde liegt. Diese kann zu den verschiedensten Zwecken erteilt werden, u. a. auch zur Einziehung einer Forderung.

Die Vollmacht ist „abstrakt", d. h. sie ist von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnis zu trennen. Dies bedeutet — mit anderen Worten —, daß der Bevollmächtigte seine Vertretungsmacht allein durch die Vollmachterteilung, allein durch die Erklärung des Vollmachtgebers, daß er den anderen bevollmächtigt, erhält. Die Gültigkeit der Vollmachtserteilung ist unabhängig von der Gültigkeit des Grundgeschäfts. Diese „abstrakte Natur" der Vollmacht ist heute allgemein anerkannt [6]). Es bedarf hier keiner näheren Darlegung der Gründe, die für die abstrakte Natur der Vollmacht sprechen. Ich darf insbesondere auf die Darlegungen von Enneccerus a. a. O. und Hupka a. a. O. Bezug nehmen [7]).

Verschieden von der Frage nach der abstrakten Natur der Vollmacht ist die Frage, ob und inwieweit der Inhalt einer Vollmacht beschränkt werden kann. Es ist möglich, jedoch nicht erforderlich,

---

[4]) § 164 Abs. 1 BGB.

[5]) Den Unterschied zwischen direkter und indirekter Stellvertretung bestreitet Schloßmann, der sich in seinem Buch über die „Stellvertretung" sehr ausführlich gegen den Begriff des „Handelns in fremdem Namen" wendet. Siehe besonders Band I S. 81 ff. Wie sehr Schloßmann gerade diesen Begriff bekämpft, kann man erkennen, wenn man das Inhaltsverzeichnis des ersten Bandes betrachtet. Man wird dann finden, daß der Begriff des „Handelns in fremden Namen" den größten Teil der Schloßmann'schen Darstellung ausmacht. Schloßmann hat im Schrifttum keinerlei Zustimmung gefunden, und das mit Recht. Vgl. gegen ihn insbesondere Enneccerus § 167 Anm. 1; Hupka S. 23 ff.; Isay, Geschäftsführung S. 175 ff.; Ludewig § 14, S. 57.

[6]) Für die abstrakte Natur der Vollmacht vgl. u. a. Enneccerus § 171, 5; Eccius S. 210 ff.; Hupka S. 155 ff.; Leonhard, Lehrb. i. k. S. S. 47; Oertmann § 167 Anm. 1c.

[7]) A. M. u. a. Seeler S. 9 ff.

stets eine Vollmacht dahin zu erteilen, daß der Bevollmächtigte zu allen Rechtsgeschäften im Namen des Vollmachtgebers befugt ist (Generalvollmacht). Die Frage nach dem Umfang einer Vollmacht hat mit der nach der Abhängigkeit vom Grundgeschäft nichts zu tun. „Die abstrakte Vollmacht kann sich durch den Inhalt der abgegebenen Erklärung zeitliche Grenzen setzen, wie sie auch in anderer Weise beschränkt oder begrenzt werden kann“ [8]). Die Vollmacht kann allein dahin gehen, einen Kaufvertrag abzuschließen, sie kann allein dahin gehen, jemandem etwas schenkungsweise zuzuwenden, sie kann jedes Rechtsgeschäft für sich allein umfassen. Dann kann der Bevollmächtigte mit Wirkung gegen den Vollmachtgeber in dessen Namen nur das Geschäft abschließen, zu dem er bevollmächtigt ist. Es ist auch möglich, einem anderen eine Vollmacht dahin zu erteilen, eine dem Vollmachtgeber gegen einen Dritten zustehende Forderung einzuziehen. Dadurch erhält der Bevollmächtigte die Macht, im Namen des Vollmachtgebers für diesen dessen Forderung gegen den Dritten einzuziehen.

Die Frage, ob der Bevollmächtigte damit gleichzeitig auch die Macht erhält, bei erfolglosem außergerichtlichen Einziehungsversuch gerichtlich gegen den Schuldner vorzugehen, kann m. E. nicht allgemein entschieden werden, sondern ist von den Umständen abhängig, unter denen die Vollmacht zur Einziehung der Forderung im einzelnen Fall erteilt ist. Daß eine Vollmacht zur gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs eines anderen möglich ist, ergibt sich aus der Natur des Vollmachtgeschäftes, sowie aus den Vorschriften der §§ 79 ff. ZPO. In der Regel ist auch wohl anzunehmen — das ergibt sich aus der Natur des in Frage stehenden Geschäftes —, daß jemand, wenn ihm eine Vollmacht zur Einziehung erteilt wird, auch das Recht erhalten soll, die Forderung im Namen des Vollmachtgebers einzuklagen. Solche Einziehungsvollmachten werden ja oft an Inkassobüros oder an Anwälte erteilt, oft auch um einen rechtskundigeren Mann, als der Vollmachtgeber es ist, einen Prozeß führen zu lassen. In allen diesen Fällen kann es nur der Sinn der Einziehungsvollmacht sein, daß der Bevollmächtigte auch die Möglichkeit klagend gegen den Dritten vorzugehen erhalten soll. Es können anderseits auch Umstände hervortreten, die erkennen lassen, daß der Umfang der Vollmacht sich auf die außergerichtliche Einziehung der Forderung beschränkt. Ist eine Vollmacht zur Einklagung anzunehmen, und tritt der Bevollmächtigte im Prozeß für den Vollmachtgeber auf, klagt er im Namen des Vollmachtgebers auf Leistung, so kann er nur auf Leistung an diesen, nicht auf Leistung an sich klagen. Partei im Prozeß ist und bleibt der Vertretene [9]).

Die Vollmacht zur Einziehung hat also die Wirkung, daß der Bevollmächtigte die Macht bzw. das Recht erhält, ein fremdes Recht im

---

[8]) Eccius S. 213.

[9]) Max G. H. Wolff, S. 122.

Namen eines anderen auszuüben, die Forderung im Namen des Vollmachtgebers einzuziehen bzw. einzuklagen.

Es können hier nicht alle rechtlichen Fragen, die mit der Vollmacht zusammenhängen, erörtert werden, und es ist im Rahmen dieser Abhandlung, in der die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung untersucht werden soll, nicht möglich, tiefer in das Gebiet der Vollmacht einzudringen. Es bedürfte einer sehr eingehenden Untersuchung, um alle Fragen, die bei der Vollmacht auftauchen, zu behandeln. In diesem Zusammenhang, im Zusammenhang mit der Frage, welche Formen gewählt werden können, um jemandem die Möglichkeit zu geben, eine fremde Forderung einzuziehen, muß die Frage erörtert werden, ob dann, wenn die Erteilung der Einziehungsmacht im Interesse des Bevollmächtigten und nur in dessen Interesse liegt, dem Vollmachtgeber jede Einwirkung, die mit dem Einziehen der Forderung im Widerspruch steht, genommen werden kann. Dazu ist zunächst die Frage zu prüfen, ob trotz Erteilung einer Einziehungsvollmacht der Vollmachtgeber, also der Inhaber der Forderung berechtigt ist, neben dem Bevollmächtigten die Forderung einzuziehen bzw. einzuklagen. Diese Frage ist zu bejahen. Es ist nicht möglich, das Recht des Forderungsinhabers zur Einziehung durch Erteilung einer Vollmacht auszuschließen. Der Vollmachtgeber kann sich zwar in dem zugrunde liegenden Vertrag verpflichten, die Forderung nicht geltend zu machen. Dies wirkt aber entsprechend der Natur der Vollmacht als abstraktem Rechtsgeschäft nur intern — obligatorisch — zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Auf die Leistungspflicht des Schuldners hat dies keinen Einfluß. Klagt der Inhaber der Forderung bzw. macht er von seinem Einziehungsrecht auf andere Weise Gebrauch, bevor der Bevollmächtigte seinerseits die Forderung einzieht und sie damit zum Erlöschen bringt oder einklagt und dadurch Rechtshängigkeit eintritt, so muß der Schuldner an ihn leisten. Die Einziehungsvollmacht schafft daher dem Bevollmächtigten eine verhältnismäßig schwache Stellung. Denn dadurch kann die Ausübung der Vollmacht durch den Vollmachtgeber selbst verhindert werden. Außerdem wird durch die Erteilung einer Einziehungsvollmacht, bei der die Forderung im Vermögen des Vollmachtgebers bleibt, nicht die Möglichkeit eines Zugriffs von Seiten der Gläubiger des Vollmachtgebers ausgeschlossen, die die Forderung für sich in Beschlag nehmen können, wodurch der Zweck der Einziehungsvollmacht, dem Bevollmächtigten das Einziehungsrecht und vielleicht eine Sicherung zu verschaffen, vereitelt werden kann.

Die Ausübung der durch die Vollmacht erteilten Macht kann im allgemeinen aber auch schon durch bloßen Widerruf der Vollmacht verhindert werden. Die Vollmacht ist grundsätzlich widerruflich (§ 168 Abs. 2 BGB). Der Machtgeber kann also durch Widerruf (der in bestimmten Formen zu geschehen hat) dem Bevollmächtigten die erteilte Macht entziehen. Die Vollmacht ist jedoch m. E. nur dann widerruflich, wenn nichts anderes bestimmt ist. Es ist möglich zu vereinbaren, daß die Vollmacht unwiderruflich sein soll. Diese Möglichkeit

ist zwar bestritten[10]), aber man muß sie m. E. schon auf Grund des § 168 Satz 2 BGB bejahen. Dieser bestimmt, daß die Vollmacht widerruflich ist, wenn sich nicht die Unwiderruflichkeit aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt. Mit dieser Bestimmung ist die Möglichkeit, die Vollmacht unwiderruflich zu gestalten, zugegeben. Es ist m. E. nicht einzusehen, warum die Vollmacht nur dann unwiderruflich sein soll, wenn sich die Unwiderruflichkeit aus dem Grundverhältnis ergibt, warum sich diese nicht auch aus einer sonstigen Parteivereinbarung, ja sogar aus einer einseitigen Bestimmung des Vollmachtgebers ergeben können soll. Auch aus § 790 BGB kann die Unzulässigkeit unwiderruflicher Vollmachten nicht hergeleitet werden. Bei der Anordnung, die unserem bürgerlichen Gesetzbuch eigen ist, hätte eine solch grundsätzliche Bestimmung unter den Vorschriften der Vollmacht, nicht aber bei dem besonderen Fall der Anweisung ihren Platz gefunden. § 790 BGB kann auch nur dann verwandt werden, wenn man die Anweisung als einen Fall der Vollmacht auffaßt, was von der h. M. mit Recht nicht anerkannt wird[11])[12]). Auch bei Vereinbarung der Unwiderruflichkeit einer Einziehungsvollmacht bestehen die Grenzen, die jeder rechtlichen Vereinbarung gesetzt sind; es kann daher eine Einziehungsvollmacht unter besonderen Umständen gegen die guten Sitten verstoßen und daher nichtig sein[13]).

Aus den Umständen ist eine unwiderrufliche Einziehungsvollmacht meist dann zu entnehmen, wenn diese ausschließlich im Interesse des Bevollmächtigten erteilt worden ist. So kann z. B. eine Vollmacht erteilt sein, um den Bevollmächtigten gegen einen evtl. Ausfall bei einer Forderung gegen den Vollmachtgeber zu sichern. Auch dann, wenn die Vollmacht im beiderseitigen Interesse erteilt ist, was in der Regel der Fall sein wird, wird im Zweifel eine unwiderrufliche Einziehungsvollmacht anzunehmen sein.

Die Parteien können also die Möglichkeit des Widerrufs einer Einziehungsvollmacht und die dadurch sehr leicht zu bewirkende Verhinderung ihres Zwecks ausschließen. Wir müssen uns, um die weiteren Untersuchungen zu verstehen, jedoch immer vor Augen halten, daß die Stellung des Bevollmächtigten sehr schwach ist, da ihm lediglich die Macht erteilt wird, eine fremde Forderung in fremdem Namen geltend zu machen, wobei die ihm erteilte Befugnis durch Ausübung des Einziehungsrechts durch den Machtgeber, wie auch durch Zugriff der Gläubiger des Vollmachtgebers stets vernichtet werden kann.

---

[10]) Vgl. Hellwig, Verträge S. 97 Anm. 205 und S. 122; Endemann I S. 352; Windscheid-Kipp I § 74, 2c; RG in RGZ 2 S. 34; 3 S. 53.

[11]) Vgl. hierzu insbesondere Wieland S. 206 f.

[12]) Im Ergebnis übereinstimmend: neben Wieland a. a. O.: Enneccerus § 173 IV; Hupka S. 392 ff.; Leonhard a. a. O.: „im Zweifel widerruflich"; Planck § 168 Anm. 2; von Tuhr in Festgabe f. Laband S. 56; RG in RGZ 52 S. 99; 53 S. 419 u. a.

[13]) Vgl. hierzu Hupka S. 401; Enneccerus a. a. O. Anm. 10.

§ 3.

Die Abtretung zur Einziehung. (Fiduziarische Zession.)

I.

Begriff, Zulässigkeit und Konstruktion.

Die dargelegten Folgen der Vollmacht zur Einziehung bewirken es, daß man im wirtschaftlichen Leben insbesondere dann, wenn die Einziehungsüberlassung im Interesse des Ueberlassungsempfängers geschieht, selten zu dieser Form der Uebertragung der Einziehungsmöglichkeit greift. Viel häufiger kommt die Abtretung zur Einziehung (Inkassozession) vor. Sie geschieht meist, um den Betrag, den die Forderung ausmacht, oder einen Teilbetrag dem Erwerber zuzuwenden; sie geschieht auch oft, um den Erwerber sicher zu stellen, oder auch nur, um ihm ein Klagerecht zu verschaffen.

Wie der Ausdruck „Abtretung zur Einziehung" sagt, handelt es sich hier um die „Uebertragung einer Forderung von dem Gläubiger auf einen anderen durch Vertrag mit diesem". (§ 398 BGB.) Durch die Abtretung geht die Forderung auf den neuen Gläubiger über. Die Forderung gehört dann in das Vermögen des Zessionars.

Wenn wir von der „Abtretung zur Einziehung" sprechen, so müssen wir uns also von Anfang an darüber klar sein, daß weder die Forderung selbst, noch ein Teil derselben dem ursprünglichen Gläubiger verbleibt. Aber diese Abtretung ist ein sogenanntes „fiduziarisches"[1]) Geschäft. Ein fiduziarisches Geschäft ist ein Geschäft, das „bewußt über den eigentlich erwünschten Endzweck hinausgeht"[2]). Es handelt sich also beim fiduziarischen Geschäft „um", wie Enneccerus[3]) sich ausdrückt, „eine Rechtsübertragung zu einem wirtschaftlichen Zwecke, der diese Rechtsübertragung nicht fordert". Die „gewollte Rechtswirkung steht mit dem verfolgten wirtschaftlichen Zweck nicht im Einklang, sie geht über ihn hinaus"[4]). Regelsberger[5]), der wohl den Begriff des fiduziarischen Geschäfts zuerst ausgebildet hat, bezeichnet das Wesen des fiduziarischen Geschäfts wie folgt: „Charakteristisch ist für dasselbe das Mißverhältnis zwischen Zweck und Mittel. Zur Erreichung eines bestimmten Zweckes wird eine Rechtsform gewählt, welche mehr gewährt, als zur Erzielung jenes Erfolges erforderlich ist, zur Sicherung des Gebrauchs wird die Möglichkeit des Mißbrauchs in Kauf genommen." Es sei hier noch Schöny[6]) erwähnt, der folgende Begriffsbestimmung gibt: „Das Treuhandgeschäft ist ein aus Leistung und Zwecksatzung zusammengesetztes Rechts-

---

[1]) So genannt nach der „fiducia" des römischen Rechts.
[2]) Lang, Ziv.-Arch. 83, S. 336; Leonhard, Lehrbuch in k. S. S. 42; Planck II 1 S. 236.
[3]) § 139 II.
[4]) Aehnlich Jaeger, 6./7. Aufl., § 43 Anm. 38.
[5]) Ziv.-Arch. 63 S. 173.
[6]) Bürg. Arch. 35 S. 324.

geschäft, dessen Eigentümlichkeit darin besteht, daß der Empfänger durch den Zwecksatzungsvertrag verpflichtet wird, über das Empfangene nur in bestimmter Richtung zu verfügen, insbesondere es wieder herauszugeben."

Ueber den Begriff des fiduziarischen Geschäfts ist sich die herrschende Lehre, wie wir sehen, im wesentlichen einig[7]): die Verschiedenheit von Außen- und Innenverhältnis wird überall erkannt. Das Mittel, das über den Zweck hinausgeht, findet im „Außenverhältnis" seinen Ausdruck, das dem Fiduziar „nach außen" eine stärkere Stellung gibt, als er im Innenverhältnis, das den Zweck des Geschäfts zum Ausdruck bringt, erhalten soll. Die beiden „Verhältnisse" sind rechtlich voneinander zu scheiden, wenn wir zu einer richtigen rechtlichen Auffassung — über die rechtliche Konstruktion und damit die rechtlichen Auswirkungen bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten — von dem Wesen des fiduziarischen Geschäfts kommen wollen. Bei der hier zur Erörterung stehenden Abtretung zur Einziehung ist die nach außen eintretende Rechtswirkung — also das Außenverhältnis — die Abtretung, die den Uebergang der Forderung bewirkt. Zweck des Geschäftes ist es aber nicht, daß der Zessionar Inhaber der Forderung wird und wie ein solcher über die Forderung nach Belieben verfügen kann, sondern Zweck des Rechtsgeschäftes ist es, daß der Zessionar die Forderung für den Zedenten einzieht und dann von der eingezogenen Leistung einen bestimmten, und zwar den im Innenverhältnis vorgeschriebenen Gebrauch macht. Daß diese Vollabtretung der Forderung oft den wirtschaftlichen Zwecken, die mit der Uebertragung der Einziehungsmacht an einen anderen verfolgt werden, mehr entspricht als die Einziehungsvollmacht, ist leicht zu erkennen. Vor allem wird die Rechtsstellung desjenigen, dem das Einziehungsrecht übertragen werden soll, eine festere und sicherere dem Schuldner gegenüber. Dieser steht demjenigen, dem die Forderung zur Einziehung übertragen ist, als Gläubiger gegenüber. Er ist Inhaber der Forderung und daher bei gerichtlicher Geltendmachung der Forderung Partei. Der Zedent hat keine Rechte aus der Forderung mehr. Es ist ihm auch im allgemeinen nicht möglich, die Machtstellung, die dem Zessionar verliehen worden ist, zu vernichten. Aus allen diesen Gründen wird die fiduziarische Abtretung zur Einziehung im Wirtschaftsleben der Einziehungsvollmacht vorgezogen.

Die fiduziarischen Geschäfte können verschiedenen Zwecken dienen. Es gibt fiduziarische Geschäfte zur Sicherung[8]) — solche kommen wohl am häufigsten vor, z. B. die Sicherungsübereignung. Auch eine Forderung kann zu Sicherungszwecken abgetreten werden. Von Bedeutung für uns ist lediglich die Abtretung zur Einziehung als das fiduziarische

---

[7]) Vgl. über die herrschenden Anschauungen die Ausführungen von Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte § 17 S. 133 ff.

[8]) z. B. Eigentum zu Pfandzwecken, Sicherheits- oder Depotwechsel u. a. — Eine Zusammenstellung wichtiger fiduziarischer Geschäfte finden wir bei Fischbach S. 113 ff.

Geschäft, bei dem eine Forderung abgetreten wird, damit der Zessionar die Möglichkeit erhält, die Forderung einzuziehen und einzuklagen bzw. eines von beiden zu tun. Eine solche Abtretung zur Einziehung kann auch Sicherungszwecken dienen, wenn z. B. der eingezogene Betrag zur Sicherstellung verwandt werden soll.

Bevor wir uns der Erörterung der weiteren wirtschaftlichen Bedeutung und der Folgen der Abtretung zur Einziehung im Gegensatz zu den beiden anderen Erscheinungen, die der Uebertragung der Einziehungsmöglichkeit dienen, der Einziehungsvollmacht und der Einziehungsermächtigung, zuwenden, müssen wir die rechtliche Zulässigkeit der fiduziarischen Zession sowie ihre rechtliche Bedeutung einer näheren Untersuchung unterziehen. Denn gerade diese Fragen sind lange Zeit Gegenstand von widersprechenden Erörterungen gewesen[9]). Die Zulässigkeit der fiduziarischen Zession zur Einziehung wird heute fast allgemein bejaht[10]).

Die Zession zur Einziehung stellt sich m. E.[11]) dar: als Uebertragung der Forderung — im Außenverhältnis — mit der gleichzeitigen Begründung einer obligatorischen, zwischen den Parteien (Zedent und Zessionar) wirkenden obligatorischen Verpflichtung, auf Grund deren der Zessionar zu einer Verwertung seiner Rechtsmacht lediglich in bestimmtem Sinn — also zur Einziehung, sei es zur außergerichtlichen, sei es zur gerichtlichen, sei es zu beidem — berechtigt sein soll. Das Innenverhältnis, die obligatorische Verpflichtung, kann beliebig ausgestaltet werden. Der Zessionar kann verpflichtet werden, das Eingezogene an den Zedenten abzuliefern, teilweise abzuliefern oder ganz für sich zu behalten; in den meisten Fällen wird auch dieser obligatorischen Verpflichtung eine Bestimmung hinzugefügt werden, die den Zessionar verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen, wie z. B. bei Eintritt des Konkurses des Zessionars oder bestimmungswidrigem Gebrauch von der Forderung durch den Zessionar die Forderung an den Zedenten zurückzuübertragen; diese Bestimmung wird oft sogar stillschweigend zu unterstellen sein, da sie den Zwecken und Zielen der fiduziarischen Ab-

---

[9]) Gegen die Zulässigkeit der fid. Zession haben sich insbesondere ausgesprochen: Schöninger, Ziv.-Arch. 96 S. 163 ff.; Stammler, Schuldverhältnisse S. 196; Wienstein, Gruchot 46 S. 245 ff.; 48 S. 477 ff.; Witupsky, JW 01 S. 710.

[10]) Crome I § 76; Dernburg II § 135 IV; Durchholz, Gruchot 47 S. 533 ff.; Enneccerus § 139 II; § 303 IV 1; Enneccerus-Lehmann § 80 IV 1; Fischbach, Treuhänder; Goltz, das fiduziarische Rechtsgeschäft; Heymann in Festschrift für Heinrich Brunner S. 473 ff.; Jaeger, 6./7. Aufl., § 43 Anm. 38 ff.; Jander, Legitimationsübertragung in JW 1913 S. 471 ff., II 2; Leonhard, Schuldrecht § 344, Lehrbuch i. k. S. S. 42; Löbl, Ziv.-Arch. 129 S. 252 ff., insbesondere § 2; Lang, Ziv.-Arch. 83 S. 36 ff.; Ludewig, Ermächtigung, insbesondere S. 86; Oertmann, § 117 Anm. 5 und Vorbem. 3 zu § 398; Planck, § 398 1; Richter, Gruchot 60 S. 766; Schmidt in Gruchot 57, S. 241 ff., § 1; Staudinger, § 398, 5; Regelsberger a. a. O.; von Tuhr, Lehrbuch II 2 § 77 S. 188 ff.; RG in ständ. Rechtspr. vgl. besonders: in Gruchot 48 S. 868; in „Recht" 1908 S. 953; in RGZ 22 S. 100; 45 S. 80 ff.; 55 S. 393; 76 S. 347; 79 S. 185; 99 S. 143; 102 S. 386; 107 S. 134.

[11]) So auch d. h. M.; vgl. den größten Teil des in Anm. 10 angeführten Schrifttums.

tretung zur Einziehung meist entspricht. Das obligatorische Innenverhältnis hat aber mit der Stellung des Zessionars nach außen, wie bereits erwähnt ist, nichts zu tun. Nach außen ist, wie jeder Zessionar, auch der fiduziarische, Gläubiger. Ihm ist das volle Recht übertragen. Er kann also wirksam auf die Forderung verzichten, sie erlassen, über sie durch Weiterübertragung u. a. nach Belieben verfügen. Lediglich die Beschränkungen, die vom Gesetz im § 398 ff. BGB jedem Zessionar auferlegt sind, bestehen auch für ihn. Seine Handlungen sind stets voll wirksam, auch wenn sie der dem Zedenten gegenüber übernommenen obligatorischen Verpflichtung widersprechen. Die Verfügung bleibt immer wirksam, der Zessionar ist lediglich dem Zedenten nach den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts bei Verletzung des sogenannten „pactum fiduciae“ [12]) zum Schadenersatz verpflichtet [13]).

Gegen die Zulassung der fiduziarischen Zession ist zunächst eingewandt worden, das fiduziarische Geschäft sei kein wirksames Geschäft. Es handle sich bei ihm um ein Scheingeschäft, um ein „simuliertes“ Geschäft. Man sagt, daß der Wille die Forderung zu übertragen beim fiduziarischen Geschäft überhaupt nicht vorhanden sei [11]). Insbesondere hat Schöninger a. a. O. ausgeführt, daß es sich bei der fiduziarischen Abtretung nicht um eine wirkliche Abtretung, sondern um eine verdeckte Vollmachtserteilung handele. Dies ist nicht richtig. Trotz der Inkongruenz von wirtschaftlichem Zweck und gewähltem Mittel ist die in Frage stehende Rechtserscheinung ein Geschäft, das dem durch die Erklärung der Parteien zum Ausdruck gebrachten Willen durchaus entspricht.

Was ist ein „simuliertes“, ein „Schein“geschäft? § 117 BGB sagt: „Wird eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abgegeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig. — Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung.“ Regelsberger [15]) formuliert das Wesen des Scheingeschäfts folgendermaßen: „Wer ein Rechtsgeschäft simuliert, nimmt ein der äußeren Erscheinung nach auf eine bestimmte rechtliche Wirkung gerichtetes Geschäft vor, ohne den Willen, diese Rechtswirkung herbeizuführen, aber in der Absicht, in anderen die Meinung von der wirklichen Errichtung dieses Rechtsgeschäfts zu erwecken. Simulieren heißt daher, das erklärte Rechtsgeschäft nicht wollen.“

---

[12]) Kuhlenbeck, Seuff. Bl. f. R. A. 70 S. 342.

[13]) Schrifttum wie Anm. 10.

[11]) So Endemann I S. 300; Schöninger a. a. O., jedoch anscheinend nur für bestimmte Fälle, bes. die Einziehungsermächtigung; RG in JW 1900, S. 309; a. M. u. a. Fischbach § 18 S. 141 ff.; Goltz § 3 ff., insbes. § 7 S. 13; Jäger, 6./7. Aufl., § 43 Anm. 38; Klinge S. 13 u. 15; Kohler, Iher. Jhb. 16 S. 140 ff.; Lang S. 337; Leonhard, Schuldrecht § 344; Oertmann a. a. O.; Regelsberger a. a. O.; Schmidt a. a. O.; Stammler Nr. 53 S. 194; von Tuhr, Lehrbuch II 2 § 77 I 2 Anm. 19 S. 189; Max G. H. Wolff, S. 99 f.; RG 72 S. 100 u. ständige Rechtspr.; vgl. auch Jacobi, Wertpapiere, S. 60 f.

[15]) a. a. O. S. 171.

Beim simulierten Geschäft fehlt es an jedem Willen, das Geschäft so, wie es erklärt ist, abzuschließen; es wird nur nach außen erklärt, zur Täuschung anderer [16]). Ganz anders das fiduziarische Geschäft; bei ihm werden übereinstimmende Erklärungen zweier Parteien abgegeben, und das was von den Parteien erklärt wird, ist auch das Geschäft, das abgeschlossen werden soll; nicht nur nach außen hin, sondern auch zwischen den Parteien. Dem Zessionar soll bei der fiduziarischen Abtretung zur Einziehung die Forderung übertragen werden: die Parteien handeln nur in der „Voraussetzung, daß derjenige, welchem dadurch eine gewisse rechtliche Macht geschaffen wird, seine Stellung nur zu einem bestimmten, nicht zu allen dadurch ermöglichten Zwecken ausnutzen wird" [17]). Bei der simulierten Abtretung soll im gemeinschaftlichen Einverständnis nach außen vorgespiegelt werden, daß eine Abtretung vorhanden sei; in Wirklichkeit ist ein Abtretungsvertrag nicht geschlossen; bei der fiduziarischen Zession zur Einziehung führen die Parteien die Wirkungen des Geschäfts, das sie abschließen, herbei, sie wollen sie herbeiführen und nicht nur für, sondern auch gegen sich gelten lassen. Die Eigenart des fiduziarischen Geschäfts „entnimmt ihren Charakter nicht dem juristischen, sondern dem wirtschaftlichen Gebiet"; wer ein solches Geschäft abschließt, will es mit allen seinen Rechtsfolgen, er will es aber zu wirtschaftlichen Zwecken, welche dem Geschäft selbst oder seinen Rechtsfolgen nicht „homogen" sind [18]).

Es sei hier noch auf eine Unterscheidung hingewiesen, die von Ihering [19]) gibt, die den Unterschied zwischen fiduziarischem und Scheingeschäft m. E. sehr deutlich erkennen läßt: „Zum Schein handeln bildet den Gegensatz zum ernstlichen Handeln, es ist ein äußerliches Handeln, dem die innerliche Absicht nicht entspricht, es ist also ein Begriff, der auf jedes Handeln, nicht bloß auf das juristische Anwendung findet. Bei dem Rechtsgeschäft besteht der Mangel der inneren Absicht in der intendierten Ausschließung der an dasselbe geknüpften rechtlichen Wirkung — ein Erfolg, der nur durch das Einverständnis mit der Gegenpartei möglich ist. Hierauf beruht der Begriff des simulierten Rechtsgeschäftes. — Nicht zu verwechseln ist mit demselben ein Verhältnis, das mit ihm auf den ersten Blick große Aehnlichkeit hat, nämlich die Eingehung eines Rechtsgeschäftes, lediglich in der Absicht, im einzelnen vielleicht ganz sekundäre Wirkungen zu erzielen. Als Licinius Stolo seinen Sohn emanzipierte, um den Bestimmungen seines eigenen Gesetzes, der lex Licinia de modo agri

---

[16]) Es sei noch auf Goltz a. a. O. S. 10 hingewiesen, der das Wesen der Simulation folgendermaßen darstellt: „Simulation heißt: zum Zweck der Täuschung anderer unter gegenseitigem Einverständnis einen juristischen Tatbestand schaffen, der in Wirklichkeit nicht gelten soll, unter Verheimlichung dieses Willensmangels vor der Außenwelt."

[17]) Regelsberger a. a. O. S. 172.

[18]) Vgl. Kohler, Iherings Jahrbuch 16 S. 141.

[19]) Geist des römischen Rechts, Bd. III, S. 538.

zu entgehen, nahm er kein Scheingeschäft im juristischen Sinne vor, denn der Sohn war und blieb frei. Es fehlte dem Genannten nicht an dem für die juristische Würdigung allein in Betracht kommenden rechtlichen Willen, wohl aber an der echten ethischen Gesinnung; er nahm die Emanzipation nicht ihrer selbst willen vor, sondern wegen sekundärer, daran geknüpfter Vorteile, es war ein sittlicher Mißbrauch des Familienverhältnisses zum Zwecke der Umgehung seines eigenen Gesetzes." Ich bin mir zwar darüber klar, daß es sich bei dem hier erwähnten Geschäft des Licinius Stolo um einen Fall des in fraudem legis agere handeln kann, der sich deshalb nicht ganz mit unserem fiduziarischen Geschäft vergleichen läßt. Das fiduziarische Gesetz verstößt gegen kein Verbotsgesetz, es gibt kein Gesetz, das verbietet, jemandem eine Forderung zu übertragen und dabei auszumachen, daß diese Uebertragung nur bestimmten Zwecken dienen soll, und auch kein Gesetz, das verbietet, einem anderen eine Forderung zur Einziehung zu überlassen. Damit soll nicht gesagt sein, daß ein fiduziarisches Geschäft nicht gegen ein Verbotsgesetz verstoßen könne, sondern nur, daß nicht das fiduziarische Geschäft Gesetze umgeht. Ein bestimmtes fiduziarisches Geschäft kann sehr wohl gegen Verbotsgesetze verstoßen [20]). Das Wesen der Simulation im Gegensatz zu anderen Geschäften, die wirklich beabsichtigt sind, tritt in diesen Ausführungen Iherings so klar hervor, daß ich glaubte, sie hier wiedergeben zu müssen.

Wir sehen, daß das fiduziarische Geschäft kein Scheingeschäft ist. Wenn Schöninger zu dem Schluß kommt, es handle sich in allen Fällen einer fiduziarischen Zession um eine verdeckte Vollmachterteilung, so muß ich ihm auch entgegenhalten, daß die Parteien hier die Abtretung deshalb erklären und erklären wollen, weil sie eine Vollmacht nicht wollen. Schöninger unterschiebt den Parteien gerade das Geschäft, das sie wegen der oben [21]) dargelegten Wirkungen vermeiden wollen [22]).

Nicht mehr erörtert zu werden braucht an dieser Stelle m. E. die Ansicht Stammlers [23]), da er mit seinen Ausführungen die fiduziarische Zession, wie wir sie auffassen, nicht meint. Er geht davon aus, daß es Zweck der fiduziarischen Zession sein müsse, dem Zedenten ein Aussonderungsrecht zu verschaffen. Dies könne aber nicht dadurch geschehen, daß man die Forderung wirklich abtrete, sondern nur dann, wenn „der Fiduziar das Recht des Gläubigers zur selbständig berechtigten Einziehung überlassen bekommt" [24]). Nur dann hat eine fiduziarische Zession seiner Ansicht nach einen „selbständigen Sinn". Die bloße Ueberlassung des Einziehungsrechts ist eine Einziehungser-

[20]) Vgl. Fischbach a. a. O. § 19 S. 155 ff.
[21]) § 2 dieser Abhandlung.
[22]) Vgl. hierzu auch Max G. H. Wolff a. a. O. S. 100.
[23]) Nr. 53 S. 193 ff.
[24]) Stammler a. a. O. S. 195.

mächtigung, wir werden daher bei deren Besprechung die Ansicht, daß diese nach § 409 BGB unzulässig sei, erörtern müssen [25]) [26]).

Man muß m. E. mit der herrschenden Lehre zu dem Ergebnis kommen, daß die fiduziarische Abtretung zur Einziehung in dem oben dargelegten Sinn rechtlich zulässig ist. Es gibt erhebliche Gründe, die für ihre Zulässigkeit sprechen:

Zunächst einmal ist der Abtretungsvertrag ein abstrakter, d. h. von dem Grundgeschäft losgelöster, unabhängiger Vertrag, der selbst beim Fehlen jeder causa wirksam ist. Auch bei der fiduziarischen Zession ist die Abtretung von der causa, die mit dem „pactum fiduciae" verbunden ist, durchaus unabhängig. Es ist auch ganz gleichgültig, zu was der Zessionar im Innenverhältnis verpflichtet ist. Es entspricht dem im Schuldrecht herrschenden Grundsatz der Vertrags- bzw. Inhaltsfreiheit [27]), daß die Parteien in der causa, in dem obligatorischen Vertrag sich nach Belieben verpflichten können. Eine gesetzliche Bestimmung steht dem nicht entgegen.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch liefert sogar eine wichtige Stütze für die Zulässigkeit der fiduziarischen Rechtsgeschäfte. § 223 Abs. 2 BGB spricht im Abschnitt über die Verjährung von dem Fall, daß „zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden ist". Das Gesetz erkennt damit die Zulässigkeit einer Abtretung zur Sicherung, des fiduziarischen Geschäftes, an. Denn es ist nicht einzusehen, was für ein Unterschied es sein soll, ob ein Anspruch zur Sicherung oder zu anderen Zwecken abgetreten wird [28]).

Selbst wenn man sich allen diesen Argumenten verschließen will, kann man sich m. E. dem Gedanken nicht entziehen, daß die fiduziarische Abtretung zur Einziehung heute bereits durch Gewohnheitsrecht anerkannt ist. Es gibt heute alle möglichen Arten von fiduziarischen

---

[25]) s. § 15 dieser Abhandlung.

[26]) a. M. anscheinend Leonhard, Schuldrecht § 344, der gelegentlich der fiduziarischen Zession die Ansicht Stammlers erörtert, also anscheinend der Auffassung ist, daß Stammler jeden Fall der fiduziarischen Zession treffen will. Der in diesem Zusammenhang geäußerten Ansicht Leonhards ist zuzustimmen. § 409 BGB kann zur Begründung dafür, daß die fiduziarische Zession, so wie wir sie auffassen, unzulässig sei, nicht verwendet werden. Stammler nimmt an, daß § 409 BGB den Schuldner sichern will und deshalb Voraussetzungen aufstellt, unter denen dieser an den angeblichen Zessionar leisten darf, aber nicht zur Leistung verpflichtet ist. Das mag richtig sein; § 409 BGB sagt, daß bei einer unwirksamen Abtretung der Schuldner zur Leistung an den Zessionar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist. Voraussetzung für die Anwendung des § 409 BGB ist also, daß eine unwirksame Abtretung vorliegt; das ist aber die Frage, die hier erst entschieden werden soll. Vgl. auch unten § 15; Leonhard a. a. O.; Wienstein in Gruch. 46 S. 248 II.

[27]) Wir werden später Gelegenheit haben, auf das Problem der Vertragsfreiheit näher einzugehen; ich darf hier auf die Ausführungen in § 7 dieser Abhandlung verweisen.

[28]) Im Ergebnis ebenso: Enneccerus § 139; Jäger, 6./7. Aufl., Anm. 39 zu § 43; Leonhard a. a. O.; RG in ständ. Rechtspr. und die meisten in Anm. 10 Genannten.

Geschäften, überall im wirtschaftlichen Leben, in fast jedem Vertrag finden wir Sicherungsübereignung, Uebertragung von Forderungen zur Sicherung oder andere fiduziarische Geschäfte zum Zwecke der Sicherung, der Verwahrung, der Verwaltung, der Einziehung einer Forderung oder eines Wechsels. Ueberall vereinbart man Nebenabreden, ohne daß man auch nur auf den Gedanken käme, es handle sich um ein durch die Rechtsordnung nicht zugelassenes Geschäft. Man ist überzeugt, daß alle diese Geschäfte rechtlich zulässig sind. Und es gibt auch wohl kaum noch ein Gericht, das die fiduziarischen Geschäfte für unzulässig erklärt, das oberste deutsche Gericht, das Reichsgericht, hat sich seit Jahrzehnten ständig für deren Zulassung ausgesprochen. Man muß daher sagen, daß die fiduziarischen Geschäfte seit langer Zeit mit „dem Willen und der Ueberzeugung, daß sie Recht seien, geübt werden“ [29]). Die fiduziarischen Geschäfte sind also zumindest auf Grund Gewohnheitsrechts zuzulassen [30]).

Aus allen diesen Gründen kommen wir zur Anerkennung der Zulässigkeit der fiduziarischen Abtretung zur Einziehung. Es muß noch auf zwei Theorien eingegangen werden, die sich grundsätzlich für die Zulässigkeit einer fiduziarischen Zession aussprechen, sich aber — insbesondere mit Rücksicht auf die Frage, ob der Zedent beim Konkurs des Zessionars ein Aussonderungsrecht an der übertragenen Forderung hat — zu Konstruktionen verleiten lassen, die der unseren nicht entsprechen, und deren Zulässigkeit und Anwendbarkeit erheblichen Zweifeln unterliegt. Es handelt sich um die von Jäger [31]) begründete sogen. „Theorie der relativen Rechtsübertragung“, sowie anderseits die von Schultze [32]) aufgestellte Theorie der „deutschrechtlichen Treuhand“. Diese Theorien müssen deshalb besprochen werden, weil die eine, die Theorie der relativen Rechtsübertragung, in ähnlicher Form bei der Einziehungsermächtigung wiederkehrt [33]), die andere, die deutschrechtliche Treuhandtheorie, eine Konstruktion liefert, die für Zwecke zu verwenden sein wird, die mit der Einziehungsermächtigung verfolgt werden sollen [34]).

---

[29]) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen S. 6.

[30]) Ueber die einzelnen Theorien betreffs Bildung von Gewohnheitsrecht vgl. Enneccerus §§ 35—38.

[31]) KO, 2. Aufl., § 43 Anm. 18; diese Ansicht hat Jäger später aufgegeben (vgl. 6./7. Aufl., Anm. 40a); er hat sich der herrschenden Meinung angeschlossen; mit Rücksicht auf die prinzipielle Bedeutung und darauf, daß Jäger verschiedene Anhänger gefunden hat — so insbes. RG in JW 06, 329; Weinberger in Iherings Jahrbuch 02 S. 401 ff.; Dernburg II S. 347 u. 348; ders. Pandekten §§ 100, 213; Löbl § 10 S. 232 ff.; Martin Wolff § 80 V. — bedarf diese Theorie einer eingehenden Untersuchung.

[32]) Iherings Jahrbuch 43 S. 1 ff.; vertreten auch von: Fischbach a. a. O. S. 195 ff.; v. Gierke, DPR II S. 151 f.; Heymann a. a. O. S. 523 ff.; Ludewig a. a. O. S. 89 II; Max G. H. Wolff a. a. O. S. 100, 5a; vgl. auch RG in RGZ 55 S. 394; 59 S. 191.

[33]) Vgl. § 11 dieser Abhandlung.

[34]) Vgl. § 12 dieser Abhandlung.

II.

Die Theorie der relativen Rechtsübertragung.

Diese Theorie nimmt, wie der Name sagt, einen nur „relativen Rechtsübergang" an. Wir finden auch hier die Unterscheidung zwischen Außen- und Innenverhältnis; sie wird jedoch auf andere Weise vorgenommen, wie wir es getan haben. Während wir eine Vollübertragung des Rechts annehmen und nur eine obligatorische Verpflichtung nach innen, d. h. dem Uebertragenden gegenüber, wird hier eine Teilung des Gläubigerrechts nach innen und außen vertreten. Die Vertreter dieser Theorie[35]) führen aus, daß der Fiduziar nach außen die Stellung des Gläubigers einer Forderung erhalten, nach innen aber Bevollmächtigter sein soll, so daß die Forderung für ihn eine fremde bleibt. Oder — wie mit anderen Worten ausgedrückt ist — nach außen, Dritten gegenüber soll der Fiduziar „formeller" Gläubiger der Forderung werden, während im Innenverhältnis der Fiduziant „materieller" Gläubiger bleibt. Jäger hat ausgeführt[36]): „Nach außen stellt das Geschäft eine ernstliche und voll wirksame Uebertragung des Gegenstandes dar. Dagegen tritt im Innenverhältnis der Parteien kein Rechtsübergang ein, weil ein solcher nach innen nicht gewollt ist."

Von unserer Auffassung des fiduziarischen Geschäfts unterscheidet sich diese insbesondere dadurch, daß wir einen vollen Eigentums- bzw. Forderungsübergang annehmen, ohne dabei zwischen Außen- und Innenverhältnis zu unterscheiden. Wir setzen neben den dinglichen Vertrag, der sowohl zwischen den Parteien, wie nach außen dinglich wirkt, einen obligatorischen Vertrag, dessen Verletzung eine Schadenersatzpflicht begründet. Für die Anhänger der Theorie der relativen Rechtsübertragung ist die Forderung im Innenverhältnis überhaupt nicht übergegangen. Wenn wir auf unseren Fall der Abtretung zur Einziehung diese Theorie anwenden, so kommen wir zu folgender Bedeutung: zwischen demjenigen, der die Forderung nicht selbst einziehen will, und demjenigen, der die Forderung einziehen soll, wird ein Abtretungsvertrag geschlossen, der nach außen die Forderung auf den Zessionar überträgt. Dieser wird nach außen Gläubiger; er kann die Forderung unbeschränkt geltend machen, er kann auch Vergleiche schließen; aber die Forderung gehört nicht ihm, er wird nicht Eigentümer der Forderung". Nach innen ist er lediglich derjenige, der ein Geschäft für einen andern besorgt; der Zedent bleibt „materiell" Gläubiger[37]).

---

[35]) Insbesondere Dernburg a. a. O. und Jäger a. a. O.

[36]) 2. Aufl. a. a. O.

[37]) Hieraus sucht man besonders die Folgerung zu ziehen, daß der Zedent bei Konkurs des Zessionars ein Aussonderungsrecht hat. Ob und inwieweit sich bei der von uns vertretenen Anschauung ein Aussonderungsrecht des Zedenten rechtfertigen läßt, wird unten zu IV dieses Paragraphen untersucht werden.

Diese Theorie, die zwischen „formellem“ und „materiellem“ Eigentum scheidet, hält einer Prüfung vom Standpunkt unseres geltenden Rechts aus nicht stand. Sie wird auch heute allgemein bekämpft [38]). Man bezeichnet diese Konstruktion als „juristische Unmöglichkeit“ [39]), „begrifflichen Nonsens“ [40]), „Verstoß gegen die Fundamentalsätze unseres Rechts“ [41]).

Betrachten wir zunächst einmal die Haltbarkeit dieser Theorie, die für alle fiduziarischen Geschäfte aufgestellt ist, für jene Geschäfte, bei denen es sich um fiduziarische Uebertragung von Sachen handelt. Diese bewirkt, daß der Fiduziar Eigentümer der Sache wird. Wendet man die Theorie der relativen Rechtsübertragung an, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Fiduziar formelles Eigentum erhält, materiell aber der Fiduziant Eigentümer bleibt, die Sache also zum Vermögen des Fiduzianten gehört. Das Eigentum würde „relativ“ wirken; wir kämen damit, worauf wohl Schultze a. a. O. zum ersten Mal hingewiesen hat, zu der Lehre vom sogen. „geteilten Eigentum“.

Die Lehre vom geteilten Eigentum finden wir vor allem im älteren deutschen Recht. Die „Leihe“ des germanischen Rechts ist als „geteiltes Eigentum aufzufassen [42]). Man unterschied zwischen „Ober-“ und „Untereigentum“. Diese Begriffe entspringen dem Erbleihe-, Lehn- und Fideikommißrecht. Jeder der beiden Berechtigten ist ein durch das Recht des anderen beschränkter Eigentümer [43]). Im ältesten Recht trat dem volksrechtlichen Obereigentum ein hofrechtliches, lehnrechtliches usw. gegenüber [44]).

Diese Lehre von „einem seinem Inhalt nach auf zwei Personen verteilten Eigentum“ [45]), gespaltenen Eigentum, von dem Unterschied zwischen materiellem und formellem Eigentum, vom relativ wirkenden Eigentum kann in unserem Recht nicht gelten. Das bürgerliche Gesetzbuch kennt kein geteiltes Eigentum: das Eigentum hat absolute Wirkung, d. h. Wirkung gegen jedermann; und diese Wirkung gegen jedermann ist nicht ausschließbar. Unsere Rechtsordnung läßt es nicht zu, daß man das Eigentum so teilt, daß gegenüber dem einen der eine, gegenüber dem andern ein anderer das Eigentum an der Sache hat. „Wenn die Parteien die Eigentümerstellung des Erwerbers

---

[38]) Vgl. insbes. Fischbach a. a. O. S. 191; Goltz a. a. O. § 9 S. 24 ff.; Heymann a. a. O. S. 522 ff.; Lang a. a. O. S. 343 ff.; Leonhard, Schuldrecht § 344; Ludewig a. a. O. S. 86 ff.; Richter a. a. O. S. 769 ff.; Schmidt S. 242 ff.; Schultze, Iherings Jahrb. 43 S. 29 u. 49; von Tuhr, Lehrbuch, I. Bd. § 2 V 4 S. 72; Max G. H. Wolff a. a. O. S. 104 f.; RG in RGZ 45 S. 80 u. a. m.

[39]) Lang, S. 344.

[40]) Max G. H. Wolff, S. 104.

[41]) Goldschmidt in Ztschr. f. Hndlsr. 28 S. 83.

[42]) Fischbach S. 187.

[43]) Martin Wolff, § 88 IV.

[44]) Vgl. hierzu Heymann a. a. O. S. 490; Fischbach a. a. O.; von Gierke II § 121; Martin Wolff a. a. O.

[45]) Martin Wolff a. a. O.

gegenüber dem Veräußerer ausschließen könnten, so wären sie auch nicht gehindert zu bestimmen, daß der Erwerber zwar dem A, B, C, nicht dagegen dem X, Y, Z gegenüber Eigentümer werden solle“ [46]). Daß dies nach unserem Recht nicht möglich ist, bedarf wohl keiner näheren Ausführung. Dieser Ansicht ist auch das Reichsgericht, das [47]) ausführt: „Es läßt sich nicht geltend machen, daß der Fiduziar nur nach außen hin Dritten gegenüber Eigentümer geworden ist, in dieser Weise läßt sich der Eigentumsbegriff nicht spalten.“

Ebensowenig kann die Theorie der relativen Rechtsübertragung bei der fiduziarischen Uebertragung von Forderungen zur Einziehung verwandt werden. Die Abtretung ist, wie wir gesehen haben, ein abstrakter, vom Grundgeschäft losgelöster Vertrag. Der Abtretungsvertrag ist „lediglich auf die Wirkung nach außen gerichtet“ [48]). Die Rechtsübertragung wirkt absolut. Man kann sich nicht vorstellen, daß jemand Inhaber einer Forderung sein soll gegenüber allen außer dem einen, der ihm gegenüber wieder Inhaber der Forderung ist. Die relative Wirkung der Zession könnte nur aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Geschäft, nämlich der Vereinbarung zwischen Fiduziant und Fiduziar, daß die Forderung dem Fiduziar nur nach außen zustehen solle, hergeleitet werden. Das Grundgeschäft hat aber, wie wir gesehen haben, keinen Einfluß auf die Abtretung; aus ihm läßt sich eine relative Wirkung nicht herleiten. „Der Wille der Parteien hat nicht die Macht, den rechtlichen Erfolg einer Verfügung auf diese Art zu spalten“ [49]). Die Wirkung des Abtretungsvertrages richtet sich allein nach seinem Inhalt, und der ist auf Uebertragung der Forderung gerichtet. Daher findet im Außenverhältnis, und damit auch dem Abtretenden gegenüber ein uneingeschränkter Rechtsübergang statt, die Vereinbarung, daß der Fiduziar nur zur Einziehung berechtigt sein soll, kann nur obligatorische Wirkungen haben, nur obligatorische Pflichten erzeugen [50]).

III.

Die Theorie der deutschrechtlichen Treuhänderschaft [51]).

Wir haben oben bereits erwähnt, daß von anderer Seite ein Versuch gemacht worden ist, für die fiduziarischen Geschäfte eine andere rechtliche Konstruktion zu finden. Diese Theorie gewährt dem Treuhänder ein volles Gläubigerrecht, d. h. die Forderung geht durch Uebertragung ganz in das Vermögen des Treuhänders über: der Rechtsübertragung soll jedoch eine auflösende Bedingung hinzugefügt sein, eine Bedingung, auf Grund deren bei Erlöschen des Auftrags zur Einziehung, also bei Erreichen des beabsichtigten Zwecks, sowie bei einem Gebrauchmachen von der Forderung durch den Treuhänder,

[46]) Fischbach a. a. O. S. 192; Schöny a. a. O. S. 346.
[47]) In RGZ 45 S. 82.
[48]) Ludewig a. a. O. S. 87.
[49]) Jäger, 6/7. Auflage § 43, Anm. 40a.
[50]) Vgl. hierzu Richter a. a. O. S. 772; Ludewig a. a. O. S. 88.
[51]) Schrifttum s. oben Anm. 32.

das den Zwecken und Zielen des Treuhandverhältnisses widerspricht, die Forderung ohne weiteres an den Zedenten zurückfällt. Auch dann soll die Forderung nicht beim Zessionar verbleiben, wenn der Zweck der Uebertragung, nämlich die Ermöglichung der Einziehung der Forderung dadurch vereitelt wird, daß die Forderung in die Konkursmasse des in Konkurs fallenden Teuhänders einbezogen wird [52]).

Man nennt diese Theorie deshalb Theorie der deutschrechtlichen Treuhänderschaft, weil sie im Anschluß an die Ausgestaltung, die das ältere deutsche Recht der Treuhand gegeben hat, entwickelt wird. Wir finden im deutschen Recht als Treuhänder zunächst den Salmann der salfränkischen Affatomie, der „dem erbenlosen Mann die künstliche Schaffung eines Erben vermittelt" [53]). Durch diesen sollte vermieden werden, daß das Vermögen des Erbenlosen gemäß dem alten Volksrecht an den König oder das Volk falle, der Erbe aber schon zu Lebzeiten des Erblassers in Besitz der Erbschaft kommen sollte [54]). Dem Salmann wurde das Vermögen vom Erblasser unter der Bedingung übergeben, daß er es bei dessen Tod an den ihm als Erben Bezeichneten übereigne.

Der Salmann diente später den verschiedensten Zwecken, so besonders im Liegenschaftsverkehr, um z. B. Grundstückserwerb von Nichtbürgern zu ermöglichen. Auch als sogen. „dispensator, distribuator, erogator" finden wir den Salmann, der als solcher Vertrauensmann für wohltätige Zwecke, insbesondere für die Kirche war [55]). Dieser hatte die Aufgabe, Spenden bestimmter Art auf bestimmte ihm vorgeschriebene Weise zur Verwendung zu bringen [56]). All diese Geschäfte haben gemeinsam, daß der Salmann bzw. Treuhänder ein Recht unter der auflösenden Bedingung bekam, daß mit dem Eintritt oder dem Unmöglichwerden des verfolgten Zweckes der zu treuen Händen übereignete Gegenstand von selbst an den Treugeber oder seine Erben fällt [57]).

Die Frage der rechtlichen Zulässigkeit dieser Konstruktion soll hier nicht im einzelnen erörtert werden. Sie ist für die Hauptfrage unserer Untersuchung, die nach der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung, nicht von erheblicher Bedeutung. Sie ist nur insofern von Bedeutung, als wir hier eine Möglichkeit finden, Wirkungen zu erzielen, die den bei der Einziehungsermächtigung beabsichtigten nahekommen können [58]). Die Zulässigkeit der Hinzufügung einer Bedingung wird insbesondere

---

[52]) Siehe insbesondere Schultze, Jherings Jahrbuch S. 1 ff., besonders S. 6 f.; Ludewig a. a. O. S. 89, Heymann a. a. O.

[53]) Schultze a. a. O. S. 7.

[54]) Fischbach a. a. O. S. 28.

[55]) S. hierzu Fischbach a. a. O. S. 30; Ludewig und Schultze a. a. O.

[56]) Weitere Erscheinungen der sehr zahlreichen deutschrechtlichen Treuhandgeschäfte sind aufgeführt bei Schultze, Langobardische Treuhand, sowie bei Fischbach a. a. O., insbesondere S. 38 ff. und Ludewig a. a. O. S. 22.

[57]) Vgl. hierzu Fischbach a. a. O. insbesondere S. 42 f.; Heymann a. a. O.; Kohler Bürgerliches Archiv 13, S. 83 f.; Schultze, Langobardische Treuhand.

[58]) S. unter § 12 der Abhandlung.

bestritten von Oertmann[59]) und Schott[60]), und zwar hauptsächlich im Hinblick auf § 137 BGB, der es untersagt, durch Rechtsgeschäft die Verfügung über ein veräußerliches Recht auszuschließen. Ich halte es trotzdem mit der überaus herrschenden Meinung[61]) für zulässig. Der Hinweis auf § 137 BGB scheint mir nicht zwingend. Insbesondere ist es unzutreffend, daß § 137 gegenüber § 161 BGB Spezialvorschrift sei, weil die Bedingungsvorschriften auf alle Rechtsgeschäfte Anwendung finden. Mit Recht weist Heymann[62]) darauf hin, daß man „mit dem gleichen und mit mehr Recht sagen könne, daß die Zufügung einer Bedingung eine Ausnahme ist und daher die Bedingungsvorschriften gegenüber den allgemeinen Regeln, zu denen § 137 BGB gehört, die Spezialvorschriften darstellen". Die weiteren Einwendungen, die gegen die Zulässigkeit der Hinzufügung einer auflösenden Bedingung erhoben worden sind, sind bei Heymann a. a. O. treffend widerlegt. Ich kann im Rahmen dieser Arbeit auf diesen verweisen.

Gegen die Anwendung dieser Rechtserscheinung besteht jedoch ein Bedenken, das auch von Anhängern dieser Theorie nicht übersehen wird. Eine derartige Ausgestaltung der Treuhänderschaft entspricht nur in den seltensten Fällen dem, was die Parteien wirklich verabredet haben. Sie denken nicht an eine Bedingung und verabreden keine Bedingung. Mit treffenden Worten hat dies Jacobi bei der Behandlung des Indossaments zum Inkasso gekennzeichnet[63]), wenn er ausführt: „Dem Indossanten kommt nicht der erst neuerdings von Schultze in der Studierstube gefundene Ausweg in den Sinn, dem Indossatar ein eigenes Recht zu übertragen, das dieser im Falle des Gebrauches als eines eigenen sofort wieder verlieren soll." Ein auflösend bedingter Forderungsübergang kann ausdrücklich erklärt sein, aber um diesen in Zweifelsfällen anzunehmen, müssen besondere Umstände vorliegen, die auf das Verabreden einer solchen Bedingung schließen lassen. In den meisten Fällen vereinbaren die Parteien, wenn sie eine Abtretung zur Einziehung vornehmen, einen vollen Rechtsübergang mit der obligatorischen Vereinbarung, wie wir sie oben — in Uebereinstimmung mit der herrschenden Meinung — angenommen haben.

IV.

Die Frage der Aussonderung und des Widerrufs.

Es ist nicht zu verkennen, daß bei einer derartigen Auffassung von der rechtlichen Natur der fiduziarischen Abtretung zur Einziehung

---

[59]) § 137, 2 β und Vorbem. 8 vor § 164. Anders freilich vor § 398, 4a α a. E. (S. 435 u.), wo Oe. die Möglichkeit zugibt.

[60]) In Festgabe für Dahn S. 303 ff.

[61]) Enneccerus § 135 Anm. 13; Fischbach S. 195 ff., bes. S. 224; von Gierke DPR II S. 573; Jacobi Wertpapiere S. 74; Leonhard § 344; Ludewig a. a. O. S. 89; Pappenheim, K. V. Sch. 44 a. a. O. Richter a. a. O. S. 773; Schmidt a. a. O. S. 242 f.; Schöny a. a. O.; Schultze a. a. O.; Siber in Jherings Jahrbuch 70, S. 291; Max G. H. Wolff a. a. O. S. 100 ff.; RG in RGZ 79, S. 185.

[62]) a. a. O. S. 518.

[63]) In „Wertpapiere" S. 74.

Schwierigkeiten insofern entstehen, als bei einer folgerichtigen Durchführung dieser Theorie Folgen eintreten, die wirtschaftlich dem gewollten Ergebnis nicht entsprechen. Wir haben bereits gesehen, daß man gerade wegen der Folgen unserer Auffassung die fiduziarische Zession anders zu konstruieren versucht hat.

Die Forderung geht durch die Abtretung in das Vermögen des Zessionars über. Zieht man aus diesem Uebergang die rechtlichen Folgen, so kommt man — darüber ist man sich im allgemeinen sowohl in Rechtsprechung, wie im Schrifttum einig — zu Ergebnissen, die es verhindern würden, daß man eine solche Abtretung zur Einziehung vornimmt. Man überträgt eine Forderung deshalb fiduziarisch zur Einziehung, weil man nicht will, daß dem bisherigen Rechtsinhaber jeder Einfluß entzogen wird. Schwierigkeiten entstehen insbesondere dann, wenn der Zessionar in Konkurs fällt. Es entsteht dann die Frage, ob die Forderung zur Konkursmasse gehört. Bei folgerichtiger Durchführung unserer Auffassung müßten wir zu dem Ergebnis kommen, daß die Forderung in die Konkursmasse fällt und der Zedent auf Grund des obligatorischen Vertrages lediglich einen gegen die Konkursmasse gerichteten obligatorischen Anspruch hat, also Konkursgläubiger wird. Denn alles, was zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, also auch die übertragene Forderung, fällt in die Konkursmasse. Aussonderungsfähig sind gemäß § 43 KO nur diejenigen Vermögensstücke, an denen ein anderer ein die Veräußerung hinderndes Recht, das meist ein dingliches ist, hat. Ein obligatorischer Schadensersatzanspruch kann ein solches Aussonderungsrecht nicht begründen.

Auch außerhalb des Konkurses entstehen Schwierigkeiten, wenn Gläubiger des Zessionars sich im Wege der Zwangsvollstreckung durch Pfändung der dem Zessionar zur Einziehung übertragenen Forderung für ihre Forderung gegen den Zessionar Befriedigung zu verschaffen suchen. Die Widerspruchsklage des § 771 ZPO ist auch nur dann begründet, wenn einem anderen ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht. § 43 KO und § 771 ZPO haben die gleichen rechtlichen Voraussetzungen. Es entstehen daher die gleichen Fragen.

Man ist sich darüber einig, daß ein solches Ergebnis den Anforderungen des Verkehrs nicht entspricht[61]). Man hat daher auf alle mögliche Art und Weise versucht, ein Aussonderungsrecht des Zedenten zu konstruieren. Zwei Versuche haben wir bereits kennen gelernt, von denen der eine, die Theorie der relativen Rechtsübertragung, juristisch nicht zu halten ist, während der andere, die Theorie der deutsch-rechtlichen Treuhänderschaft, meist dem geäußerten Parteiwillen nicht entspricht. Einige Schriftsteller haben aus der obligatorischen Natur des zugrunde liegenden Vertrages die Konsequenz ge-

[61]) Sehr scharf sagt Jäger 6/7. Aufl. § 43 Anm. 39: „Es wäre ein Hohn auf jedes gesunde Rechtsempfinden, wenn nur zur Einziehung, aber voll indossierte Wechsel, nur zu Verwaltungszwecken übereignete Sachen, nur sicherungshalber übertragene Gegenstände trotz Erlöschens der gesicherten Schuld den Gläubigern des Treuhänders zur Beute fielen."

zogen und ein Aussonderungsrecht verneint[65]). Die Mehrzahl der Schriftsteller hat sich jedoch in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht für eine Zulassung des Aussonderungsrechtes ausgesprochen[66]). Das Reichsgericht hat den Versuch gemacht, das Aussonderungsrecht zu begründen, indem es zwischen juristischem und wirtschaftlichem Eigentum unterscheidet. Zunächst hat es zwar diese Begriffe mit denen von formellem und materiellem Eigentum, also der Theorie der relativen Rechtsübertragung, verwischt. In einer Entscheidung, die sich ausführlich mit dem Aussonderungsrecht des Zedenten beschäftigt, führt es jedoch aus[67]): „Ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zum Eigentum übergeben worden ist, jedoch mit der Abmachung, daß derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben sollte, „gehört" dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich, und deshalb würde es vom letzteren Standpunkt aus sogar ungenau sein, wenn der Gesetzgeber jene Ausdrücke auch auf dies Verhältnis hätte beziehen wollen. Daß dies denn auch nicht seine Absicht gewesen ist, ergibt sich deutlich aus der Entstehungsgeschichte des § 35." Das Reichsgericht hatte in dieser Entscheidung zunächst die Theorie der relativen Rechtsübertragung abgelehnt; es kommt ihm also hier lediglich auf die Unterscheidung zwischen juristischem und wirtschaftlichem Eigentum an. Sie ist auch zu vertreten, kann aber für sich allein nicht die Möglichkeit der Aussonderung des Zedenten begründen. Sie kann aber als Stütze dafür dienen, daß man von anderen Gesichtspunkten aus, insbesondere dem des Gewohnheitsrechts, zu einer Zulassung der Aussonderung kommen muß.

Auch die Geschichte unseres Konkursrechts kann nur in diesem Sinn verwandt werden. Die Motive der Konkursordnung[68]) ergeben, daß man den Antrag, eine Bestimmung in die Konkursordnung aufzunehmen, die dahin geht, daß bei fiduziarischen Geschäften der Fiduziant ein Aussonderungsrecht haben soll, nur deshalb abgelehnt hat, weil man eine solche Bestimmung für überflüssig gehalten hat[69]). Die Motive können — ebenso wie das Moment der Unterscheidung zwischen juristischem und wirtschaftlichem Eigentum — zwar nicht zur Auslegung des Gesetzes benutzt werden; die Fassung des Gesetzes ist maßgebend, nicht die Meinung der Gesetzgeber. Als Stütze für

---

[65]) So insbesondere Goltz a. a. O. § 28 f. S. 85 ff.; K. Hellwig, Lehrbuch I § 33 Anm. 13; Jander, in JW 1913 S. 473 V 1a; Klinge a. a. O. S. 18 f.; Lang, S. 341 ff.; Richter a. a. O. S. 773; Schöninger a. a. O. S. 173; Schöny, Bürg. Arch. 35 S. 338 ff.; Seuffert KO § 16, 10; Wienstein in Gruch. 46 S. 241; von Tuhr, Lehrbuch II, 2 S. 202 ff.

[66]) Ich kann hier auf die ausführlichen Angaben von Jäger 6/7. Aufl. Anm. 38 a. E. zu § 43 KO und Fischbach § 26 Anm. 2 S. 237 verweisen.

[67]) In RGZ 45 S. 85.

[68]) S. 157 ff.

[69]) Vgl. hierzu Heymann a. a. O. S. 529 f.; Jäger 6/7. Aufl. § 43 Anm. 40.

die Bildung von Gewohnheitsrecht lassen sich diese jedoch durchaus verwerten [70]).

Heymann a. a. O. hat versucht, das Aussonderungsrecht in Analogie zu solchen, welche die Konkursordnung auf Grund bloß obligatorischer Beziehungen gewährt, zu begründen. Zu diesen Vorschriften rechnet er das Verfolgungsrecht des unbezahlten Verkäufers und Einkaufskommissionärs (§ 44 KO), das Aussonderungsrecht an der Bereicherung bei veräußertem Aussonderungsgegenstand (§ 46 KO), ferner § 392 HGB. Heymann führt weiter aus: „Es sind hier typisch im Verkehr wiederkehrende Fälle, und mit ihnen teilt der seit uralter Zeit im Verkehr ebenfalls typische, ganz unabhängig von ihnen entwickelte Fall der fiduziarischen Rechtsübertragungen das Billigkeitspostulat der Aussonderung." Aehnlich will Enneccerus [71]), ohne Berufung auf die hier genannten Vorschriften, mittels einer „rei vindicatio utilis" ein Aussonderungsrecht gewähren, „da sonst die Gläubiger auf Kosten des Fiduzianten befriedigt werden würden" [72]). Auch diese Versuche scheitern, und zwar m. E. daran, daß sie einmal lediglich von Billigkeitsrücksichten ausgehen, dann aber auch daran, daß die genannten Vorschriften Ausnahmen darstellen, die eine gesetzliche Regelung gefunden haben [73]).

Wohl aber kann und muß man die Zulässigkeit der Aussonderung beim Konkurse des Fiduziars aus einem bestehenden Gewohnheitsrecht herleiten. Die Zubilligung der Aussonderung ist ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts seit fünf Jahrzehnten [74]). Im Schrifttum ist die Aussonderungsmöglichkeit fast allgemein zugegeben [75]). In der Praxis kommt es heute kaum noch vor, daß jemand z. B. bei einer zur Sicherung übereigneten Sache die Aussonderungsmöglichkeit bestreitet. Jeder Konkursverwalter weiß, daß zur Konkursmasse alle Gegenstände nicht gehören, die dem Gemeinschuldner nur fiduziarisch übergeben sind, und bestreitet daher das Aussonderungsrecht des Zedenten nicht. Auf Grund dieser allgemeinen Uebung in Verbindung mit den dargelegten Gründen muß man zu dem Ergebnis kommen, daß Aussonderungsrecht und Widerspruchsklage durch Gewohnheitsrecht anerkannt sind [76]).

Die Gründe, die Lang [77]) hiergegen anführt, sind heute nicht mehr

---

[70]) Siehe Lang a. a. O. S. 345 f.; vgl. auch Goltz a. a. O. S. 88; Jäger a. a. O.

[71]) § 139, II 3.

[72]) So früher Kohler in Jherings Jahrbuch 16 S. 325 ff., insbesondere S. 348, der es als ein „Postulat der Gerechtigkeit" fordert, dem Fiduzianten eine rei vindicatio utilis zu geben.

[73]) Vgl. auch Lang a. a. O. S. 348 f.

[74]) Vgl. die Angaben bei Jäger 6/7. Aufl. Anm. 40 a. E.

[75]) Für das frühere Schrifttum vgl. die Angaben bei Goltz S. 86, für das heutige die bei Jäger a. a. O. Anm. 38 ff.

[76]) So auch Leonhard, Schuldrecht § 344; Ludewig, a. a. O. S. 88 u. A.

[77]) a. a. O. S. 350 f.

maßgebend. Inzwischen sind Rechtsprechung und Schrifttum für das geltende Recht zu einem anderen Ergebnis gekommen. Lang, dessen Schrift im Jahre 1894 erschienen ist, mag damals Recht gehabt haben; es kann dahingestellt bleiben; heute sind die Verhältnisse so, daß ein Gewohnheitsrecht angenommen werden muß.

Die übrigen Wirkungen der fiduziarischen Zession sind zum großen Teil oben[78]) dargelegt. Der Zessionar hat eine sehr starke Stellung, die er entgegen den Zwecken, die im obligatorischen Vertrag ihren Ausdruck gefunden haben, verwenden kann. Im Innenverhältnis richten sich die Wirkungen nach dem obligatorischen Vertrag, nach ihm muß sich auch die Frage richten, ob der Zedent die Möglichkeit hat, die Uebertragung zu widerrufen. Ist diese gegeben — dies kann auch aus den Umständen, dem Sinn und Zweck des Vertrags zu entnehmen sein —, so begründet der Widerruf nicht den Rückfall der Forderung in das Vermögen des Zedenten, sondern der Zessionar wird — obligatorisch — verpflichtet, die Forderung dem Zedenten zurückzuübertragen. Zieht der Zessionar die Forderung trotzdem ein, so kann ihm vom Schuldner die Einrede der Arglist entgegengehalten werden[79]).

§ 4.

Die Einziehungsermächtigung: Begriff und Grenzen.

Von den Wegen, die der Ueberlassung des Einziehungsrechts dienen, bleibt noch der Mittelweg zu erörtern, der Weg, bei dem es sich weder um eine Vollmacht, noch um eine Abtretung handelt, der über die Einziehungsermächtigung. Die Erörterungen in den vorhergehenden Paragraphen haben uns bereits erkennen lassen, worum es sich bei der Einziehungsermächtigung handeln kann. Die Einziehungsvollmacht gibt dem Bevollmächtigten die Möglichkeit, *das Recht eines anderen in dessen Namen* geltend zu machen. Die fiduziarische Uebertragung einer Forderung zur Einziehung gibt dem Erwerber die Möglichkeit, *sein eigenes Recht im eigenen Namen* auszuüben. Es bleibt also noch die Frage, ob es möglich und rechtlich zulässig ist, einem anderen die Möglichkeit zu verschaffen, *eine fremde Forderung im eigenen Namen* einzuziehen. Diese Frage ist die nach der Zulässigkeit der „Einziehungsermächtigung", die Frage, die Gegenstand unserer weiteren Erörterung sein soll.

Wir haben oben[1]) Gelegenheit gehabt, darauf aufmerksam zu machen, daß sich der Ausdruck „Einziehungsermächtigung" für die zu erörternde Rechtserscheinung erst neuerdings durchgesetzt hat,

---

[78]) Siehe I dieses Paragraphen.

[79]) So Oertmann vor § 398 Anm. 4b α, s. dort weitere Angaben, vgl. auch insbesondere Fischbach a. a. O. S. 151; Leonhard Schuldrecht § 344 a. E.; RG in RGZ 53 S. 418 f.; 99 S. 143; 102 S. 386.

[1]) § 1 dieser Abhandlung.

während man früher Ausdrücke wie „Inkassomandat", „Inkassozession" und „Legitimationsübertragung" gebraucht hat. Wir haben schon oben darauf hingewiesen, daß diese Ausdrücke unsere Erscheinung nicht treffen und zur Verwirrung der Grenzen führen. Diese Rechtserscheinung ist kein „Mandat", weder wenn man unter Mandat Vollmacht, noch wenn man darunter Auftrag versteht. Dieser paßt nur für die causa, das Grundverhältnis, das hier nicht zur Erörterung steht. Der Bevollmächtigte anderseits kann und darf nur im Namen des Vollmachtgebers auftreten [2]), während es gerade Sinn und Zweck der zu besprechenden Erscheinungsform ist, daß der Ermächtigte im eigenen Namen auftreten soll.

„Zession" ist Abtretung, die Abtretung bewirkt Uebergang der Forderung. Der Ausdruck Inkassozession paßt daher nur für die oben erörterte [3]) Abtretung zur Einziehung. Bei der Einziehungsermächtigung soll die Forderung bei dem Ermächtigenden verbleiben und der Ermächtigte lediglich ein Einziehungs- und vielleicht auch Klagerecht erhalten. Der Ausdruck Zession kann also nicht angewendet werden.

Auch der Begriff der „Legitimationsübertragung" gibt kein rechtes Bild von dem, was behandelt werden soll. Man versteht unter Legitimationsübertragung die Verschaffung der äußeren formalen Legitimation eines Rechtsinhabers ohne Uebertragung des materiellen Rechts. Abgesehen davon, daß dieser Begriff verschwommen ist, muß m. E. zwischen Legitimationsübertragung und Einziehungsermächtigung ein Unterschied in der Richtung gemacht werden, daß jene lediglich „die faktische Möglichkeit, das fremde Recht im eigenen Namen geltend zu machen" gibt, eine Verpflichtung des Schuldners zur Zahlung bezw. Leistung an den formal Legitimierten jedoch nicht begründet [4]). Bei der Einziehungsermächtigung soll der Ermächtigte nicht nur die faktische Möglichkeit, sondern ein erzwingbares Recht, eine „Macht" erhalten: im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch bestimmte Handlungen einzuwirken [5]).

Es ist offensichtlich, daß die hier erörterten Ausdrücke nicht angewandt werden dürfen. Die Abgrenzung der Ermächtigung zur Einziehung von den verwandten Erscheinungen hat ein Bild von der Erscheinung ergeben, die ich in Uebereinstimmung mit dem neueren Schrifttum und der neueren Rechtsprechung mit „Einziehungsermächtigung" bezeichne. Es soll untersucht werden, ob es rechtlich zulässig ist, einem anderen als dem Forderungsinhaber nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Macht, eine fremde Forderung im eigenen Namen einzuziehen bezw. einzuklagen, zu geben, Macht in dem Sinne, daß der Schuldner verpflichtet ist, an den Ermächtigten

[2]) § 2 dieser Abhandlung.
[3]) § 3 dieser Abhandlung.
[4]) Ludewig a. a. O. § 16.
[5]) Derselbe § 1 S. 4.

zu leisten. Der Ausdruck „Einziehungsermächtigung“ scheint mir im Hinblick darauf, daß in ihm die Verleihung einer Macht zum Ausdruck kommt, sowie darauf, daß er keinen Anlaß zu Verwechselungen mit den erörterten verwandten Erscheinungen gibt, der richtige zu sein. Den Begriff „Ermächtigung“ im Gegensatz zur Vollmacht finden wir wohl zum ersten Mal bei Jhering[6]). Die versprochene Abhandlung ist leider nicht erschienen. Im Anschluß an Jhering ist über den Begriff der Ermächtigung sehr viel geschrieben worden. Eine einheitliche Begriffsbestimmung ist wohl kaum gefunden. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht den Begriff der Ermächtigung nicht einheitlich[7]).

Im bürgerlichen Gesetzbuch hat die Einziehungsermächtigung eine ausdrückliche Regelung nicht gefunden. Es ist auch bereits dargetan, daß Abtretung, Nießbrauch, Pfandrecht und Vollmacht den Fall der Einziehungsermächtigung nicht ganz umfassen. Wenn wir die Zulässigkeit einer im Gesetz nicht geregelten Erscheinung prüfen wollen, müssen wir fragen, was für und was gegen die Zulässigkeit dieser Erscheinung spricht. Erst eine Abwägung all dieser Momente kann zu einer Entscheidung führen.

§ 5.

Uebersicht über das vorhandene Schrifttum.

Die aufgeworfene Frage ist heftig umstritten. Man begegnet vollkommen auseinandergehenden Auffassungen, und noch im neueren Schrifttum wird trotz entgegenstehender ständiger Rechtsprechung der Gerichte die Ansicht vertreten, daß die Einziehungsermächtigung mit den Grundsätzen des geltenden Rechts nicht vereinbar ist. Dies geschieht mit solch schwerwiegenden Bedenken, daß es unverständlich ist, wie das Reichsgericht meist mit wenigen Sätzen seine entgegenstehende Ansicht rechtfertigen zu können glaubt. Bezeichnend sind die Ausführungen im RGK[1]), in dem es nach Erörterung der Wirkung der Einziehungsermächtigung heißt: „Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist im Schrifttum vielfach angefochten worden; indes die Rechtsprechung dient einem praktischen Bedürfnis und läßt sich rechtlich begründen.“

Im Schrifttum wird die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung u. a. von folgenden Schriftstellern bejaht: Eccius, PrPR I § 99 Anm. 176; Enneccerus in Enneccerus-Kipp-Wolff II § 303 IV 2;

---

[6]) In Jher. Jhb. 2 S. 68 ff., insbes. S. 130.

[7]) Vgl. über ihn Baehr in Krit. V. Sch. 30 S. 340 ff.; Bekker, System II § 106 S. 210 ff.; Enneccerus, § 175; Hupka a. a. O. S. 19 ff.; Isay, a. a. O. S. 204 ff.; Ludewig a. a. O. § 5 S. 25 f.; Regelsberger, Pandekten § 103 I; Schloßmann a. a. O. § 27 S. 294 ff.; Wieland, Ziv. Arch. 93 S. 161, bes. Anm. 2.

[1]) Zu § 398.

Jacobi, Wertpapiere § 24 S. 59 ff; Jander, „Legitimationsübertragung" in JW 1913 S. 471 ff; Löbl, in Ziv.-Arch. 129 S. 252 ff und 130 S. 1 ff; Ludewig, „Die Ermächtigung nach Bürgerlichem Recht", Marburg 1922; Matthießen in K. u. T. 1932 S. 86 f und S. 154 ff; Lehmann in Enneccerus-Lehmann § 84; Nipperdey in Enneccerus-Kipp-Wolff I. Band, 13. Bearbeitung § 191; Oertmann vor § 398 Anm. 2; RGR Kom. § 398; Richter in Gruch. 60 S. 766 ff; Schmidt in Gruch. 57 S. 241 ff; Staudinger 7. bis 8. Aufl. Vorbem. 3 vor § 398 und § 398 Anm. 5; Stampe zu JW 1921 S. 479 f Nr. 22; Türk in JW 1911 S. 1003 ff.

Gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung sprechen u. a. Förster-Kann § 50 Anm. 2c; K. Hellwig, System § 74 III; vergl. auch Lehrbuch I § 56 II, Höniger, Diskontierung von Buchforderungen S. 22 f; Leonhard, Schuldrecht § 345 f.; Schöninger in Ziv. Arch. 96 S. 163; Siber bei Planck zu § 398; Seuffert-Walsmann vor § 50 Anm. 3; Staudinger 9. Aufl. S. 799; Stein-Jonas vor § 50, I, 2; von Tuhr, Lehrbuch II, 1 § 60; II, 2 § 77; Wienstein in Gruch. 46 S. 245 ff. und 48 S. 477 ff.; Max G. H. Wolff, Zession vgl. auch Gürgens in Jherings Jahrbuch 8 S. 240, 2.

Besonders erwähnt seien noch Haymann in JW 1932 S. 397 ff.; Nußbaum in JW 1928 S. 629 ff. und Kisch in Festgabe fürs Reichsgericht 6. Bd. S. 75 ff., die grundsätzlich die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung verneinen, sich im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts jedoch lediglich bemühen, eine Einschränkung der Zulassung zu fordern.

Hingewiesen sei hier noch auf Fischbach, Treuhänder und Treuhandgeschäfte, der einmal[2]) die Zulässigkeit einer „sog. bloßen Inkassozession, bei der die materielle Gläubigerschaft des Zessionars nicht gewollt ist", verneint und diese als Auftrag oder Vollmacht auffassen will, dagegen[3]) eine „Zession mit beschränkter Wirkung" für möglich und zulässig erklärt. Ein Unterschied ist m. E. nicht zu erkennen.

Sehr unübersichtlich ist die Stellungnahme des Reichsgerichts, das oft nicht einmal erkennen läßt, ob es die Einziehungsermächtigung meint, das auch wiederholt die Gründe, die es für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung anführt, wechselt und in manchen Entscheidungen die Einziehungsermächtigung abzulehnen scheint. Ehe wir uns nun der Darstellung und kritischen Betrachtung der bisher in Rechtsprechung und Rechtslehre für die Wirksamkeit der Einziehungsermächtigung vorgebrachten Gründe zuwenden wollen, wird gerade für die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine teilweise ausführlichere Wiedergabe erforderlich sein, um die leitenden Gesichtspunkte erkennen zu lassen.

Unter den zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts, die sich

[2]) S. 149 f., insbes. Anm. 15.
[3]) S. 249.

mit unserem Problem beschäftigen [4]), wenn auch teilweise in anderem Zusammenhang, so u. a. bei der Abtretung des Grundbuchberichtigungsanspruchs und beim Indossament zum Inkasso, seien folgende besonders hervorgehoben: Schon für das gemeine deutsche und französische Recht hat sich das Reichsgericht wiederholt mit der Frage der Einziehungsermächtigung befaßt. So finden wir eine Entscheidung [5]), die eine Abgrenzung zwischen Abtretung und Einziehungsermächtigung vornimmt und die Ermächtigung einer Genehmigung gleichstellt. Dieser Gesichtspunkt durchzieht die ganze spätere Rechtsprechung und ist derjenige, der – unter Zuhilfenahme des § 185 BGB — zur Begründung der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung am meisten verwandt wird [6]).

Die erste ausführliche Stellungnahme zu unserer Frage in Bezug auf unser geltendes Recht finden wir in einer Entscheidung im 53. Band S. 275 [7]). Das Reichsgericht geht hier in einigen — leider zu kurzen — Sätzen auf das Problem der Einziehungsermächtigung ein, zu kurz insbesondere deshalb, weil es sich später auf diese Entscheidung als grundsätzlich oft berufen zu dürfen glaubt [8]). Die Entscheidung verführt zu einer Vermischung von Ermächtigung und Vollmacht bezw. Auftrag zur Einziehung [9]). Zunächst hat es sich in dieser Entscheidung, wie auch wiederholt sonst [10]), nur mit der Frage beschäftigt, ob der Schuldner dem Ermächtigten die Einrede der Simulation entgegensetzen bezw. dessen Klageberechtigung bestreiten könne. Im übrigen beruft es sich hauptsächlich auf frühere Entscheidungen [11]), weiter auf die §§ 117 II, 398, 409 BGB.

Etwas ausführlicher hat das Reichsgericht in einer Entscheidung im 73. Band a. a. O. zur Frage der Ermächtigung Stellung genommen. In dieser Entscheidung handelt es sich um einen Fall der Ermächti-

---

[4]) Es seien erwähnt: RGZ 2 S. 90; 10 S. 48; 11 S. 9; 25 S. 207; 27 S. 128 ff; 32 S. 220; 37 S. 103 ff.; 29 S. 166; 40 S. 82 und 320; 41 S. 115; 43 S. 40; 44 S. 375; 45 S. 80 ff.; 52 S. 216; 53 S. 275, 411 und 416; 54 S. 362; 55 S. 393; 57 S. 90 ff.; 59 S. 190 und 294; 62 S. 328; 64 S. 165; 66 S. 22 und 418; 72 S. 97; 73 S. 306; 76 S. 347 ff.; 78 S. 90; 79 S. 185; 81 S. 160 ff. und 175 ff.; 87 S. 150; 89 S. 133; 90 S. 288; 91 S. 390; 92 S. 105 ff. und 238; 94 S. 137; 99 S. 143; 102 S. 386; 107 S. 134; 117 S. 72; 132 S. 187; 133 S. 234 — JW 1932 S. 397 ff.; 135 S. 140; 136 S. 100 ff. — JW 1932 S. 1965 — K. u. T. 1932 S. 93. RG in JW 1891 S. 228; 1899 S. 378; 1900 S. 309; 1905 S. 718; 1908 S. 479; 1909 S. 270; 1910 S. 263, 941 und 1001; 1911 S. 280 und 409; 1912 S. 297; 1914 S. 528; 1916 S. 959; 1918 S. 511; 1921 S. 479; 1926 S. 252; 1929 S. 1747. In K. u. T. 1932 S. 159. In Seuff. Arch. 46 Nr. 91 S. 144 ff.; 71 Nr. 245 S. 425 ff. u. a. m.

[5]) In RGZ 10 S. 48.

[6]) RGZ 53 S. 275; 54 S. 363 ff.; 73 S. 306; 91 S. 390 f.; 117 S. 72; 133 S. 234.

[7]) Vgl. auch a. a. O. S. 417.

[8]) Siehe insbesondere RGZ 73 S. 306. Auf diese berufen sich wiederum die Entscheidungen in RGZ 91 S. 390, 94 S. 137; JW 1921 S. 479.

[9]) Das Reichsgericht sagt wörtlich: „Nach diesen Abreden bleibt die zedierte Forderung materiell dem Schuldner. Unter der Form der Zession wurde dem Kläger Vollmacht und Auftrag zur Einziehung erteilt."

[10]) Vgl. RGZ 11 S. 9; 25 S. 207; 39 S. 106; 72 S. 100.

[11]) RGZ 25 S. 207 f.; 37 S. 103 ff.; 39 S. 166.

gung zur Prozeßführung. Diese Frage ist von der Frage der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung nicht zu trennen. Auch bei der Einziehungsermächtigung ist die Hauptfrage, ob dem Ermächtigten die Macht zur gerichtlichen Geltendmachung verschafft werden kann. Es bejaht die Zulässigkeit der Ermächtigung. Es spricht wörtlich von einer „Ermächtigung zur Geltendmachung eines Rechts des Ermächtigenden durch den Ermächtigten im eigenen Namen und auf eigene Gefahr und Kosten". Neben der Berufung auf frühere Entscheidungen u. a. die im 53. Band a. a. O. macht das Reichsgericht hier folgende Gründe geltend:

a) Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gestatte jede beliebige Vereinbarung.
b) Es gebe gesetzliche Bestimmungen (§ 1282 BGB §§ 835/6 ZPO und § 185 BGB), die die Einräumung ähnlicher Befugnisse zulassen.

Außerdem versucht das Reichsgericht Bedenken zu zerstreuen, die vom Standpunkt des Schuldners bestehen, mit der Begründung, daß sich die Rechtslage des Schuldners nicht ändere, da er die gleichen Einwendungen behalte, die er gegen den Ermächtigenden gehabt habe, und das Urteil auch gegen den Ermächtigenden wirke.

Im Band 78 S. 90 stellt das Reichsgericht die allgemeine Regel auf, daß es möglich sei, „eine bloße an ein bestehendes Recht geknüpfte Befugnis mit der Wirkung abzutreten, daß der andere dadurch ermächtigt wird, die Rechtsbefugnis kraft fremden Rechts in eigenem Namen und eigenem Interesse geltend zu machen". Dann ist es dann im 91. Band S. 390 ff. im Anschluß an eine die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung verneinende Entscheidung des OLG Hamm [12]) von dieser Regel abgewichen und hat die Zulässigkeit der Ermächtigung an eine Voraussetzung geknüpft: es verlangt ein rechtsschutzbedürftiges Interesse des als Kläger auftretenden Ermächtigten an der Geltendmachung des Rechts in eigenem Namen.

Bemerkenswert ist noch eine Entscheidung im 117. Band S. 72, die sich auch auf § 185 BGB beruft und dabei ausführt, daß die Entwicklung des Rechts dazu führen müsse, die Möglichkeit jemanden zu ermächtigen auf allen rechtlichen Gebieten anzuerkennen.

Für die Fälle der stillen Abtretung hat das Reichsgericht wiederholt anders entschieden. Es hat eine stille Abtretung dann für unzulässig erklärt, wenn das Recht des Zessionars, die ihm abgetretene Forderung einzuziehen, auf die Dauer ausgeschlossen sein soll [13]). Das Reichsgericht geht dabei davon aus, daß es zum Wesen des Gläubigerrechts gehöre, daß der Gläubiger befugt ist, „ein Recht dem Schuldner gegenüber geltend zu machen und die Leistung zu fordern" [14]).

[12]) OLGE 36 S. 22 ff.
[13]) Vgl. RGZ 90 S. 248; 92 S. 105 ff.; und 239 f. JW 1914 S. 528 und 830; LZ 1916 S. 675.
[14]) RGZ 92 S. 105 ff.

Erhält der Gläubiger dieses Recht nicht, so hat eine wirksame Abtretung nicht stattgefunden. Auf die Frage, ob es dem Erwerber der Forderung möglich ist, den Zedenten zu ermächtigen, die Forderung einzuziehen, ist das Reichsgericht hier nicht eingegangen. Es ist jedenfalls nicht klar ersichtlich, ob das Reichsgericht immer dann, wenn der Inhaber einer Forderung einen anderen ermächtigt die Forderung einzuziehen, ohne selbst diese Möglichkeit zu behalten, sagen will, daß eine solche Machterteilung unzulässig sei. Mir scheint, daß der erkennende Senat hier einer Entscheidung dieser Frage hat ausweichen wollen. Er beruft sich auf ältere Entscheidungen, insbesondere einen allgemeinen Ausspruch des Reichsgerichts in JW 1905 a. a. O.: „Es ist grundsätzlich zu verneinen, daß ein Auftrag die Forderung in eigenem Namen einzuklagen zureicht, um die Berechtigung zu begründen", die Abtretung der Gläubigerschaft vom Recht der Einklagung sei, so führt das Reichsgericht hier aus, eine unzulässige Spaltung. Der Ausdruck „Auftrag" verwirrt etwas; wenn wir aber dann weiter lesen: „um wenigstens ähnliche rechtliche Erfolge zu erzielen, kämen rechtsgeschäftliche Vereinbarungen anderen Inhalts in Frage, bei der Uebertragung etwa die Vereinbarung einer entsprechenden Bedingung, nach der Uebertragung die Vereinbarung einer Inkassozession", so finden wir hier eine erfreulich klare Abgrenzung von Einziehungsermächtigung und Inkassozession: letztere läßt das Reichsgericht zu, erstere jedoch nicht[15]).

Wenn das Reichsgericht in der Entscheidung im 92. Band auf die in JW 1905 Bezug nimmt, so könnte man daraus schließen, daß es hier auch die Einziehungsermächtigung für unzulässig erklärt. Man kann jedoch eine solche Stellungnahme nicht unterstellen, man hat vielmehr den Eindruck, daß der erkennende Senat einer — obwohl angebrachten — Plenarentscheidung aus dem Wege gehen wollte und daher nur entschieden hat, daß die Abtretung zukünftiger Forderungen unzulässig ist, wenn das Einziehungsrecht nicht mitübertragen wird, die Frage aber, ob es möglich ist, die Forderung abzutreten und gleichzeitig den Zedenten zur Einziehung zu ermächtigen, absichtlich umgeht.

Im Anschluß hieran sollen noch einige Entscheidungen der Oberlandesgerichte kurz aufgeführt werden. Die oben erwähnte Entscheidung des OLG Dresden, die anscheinend die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung bejaht, ist im Hinblick auf die oben[16]) erwähnten Umstände nicht verwertbar. Das OLG Hamburg[17]) hat die Einziehungermächtigung als „Vollmachtserteilung im Gewande der Abtretung" für zulässig erklärt. Entscheidungen des OLG Kiel[18]) und des OLG Stettin[19]) scheinen eine Abtretung zur Einziehung zu meinen.

---

[15]) Verneinend im Anschluß hieran RG in JW 1908 S. 479.
[16]) § 1 zu Anm. 12 dieser Abhandlung.
[17]) OLGE 20 S. 307.
[18]) OLGE 20 S. 154 f.
[19]) OLGE 23 S. 19 f.

Klarer ist das Kammergericht[20]), das sich auf § 185 BGB beruft und sagt: „Durch eine solche Verfügungsermächtigung wird dem Nichtberechtigten also eine eigene bis zu einem gewissen Grad selbständige Machtstellung gewährt". Besonders hingewiesen sei noch auf die bereits erwähnte Entscheidung des OLG Hamm, das die Frage stellt: „Ist es zulässig, daß A den B bevollmächtigt, im eigenen Namen Rechte des A einzuklagen, ohne daß A dem B den zu Grunde liegenden Anspruch, selbst wenn auch nur fiduziarisch, abtritt?" In bewußtem Gegensatz zum Reichsgericht verneint die angeführte Entscheidung die Zulässigkeit einer solchen Rechtsform.

2. Kapitel.

Die für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebrachten Gründe.

Nachdem wir einen Ueberblick über das einschlägige Schrifttum und die Rechtsprechung der Gerichte gegeben haben, soll im folgenden zu den in Rechtsprechung und Schrifttum für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebrachten Gründen Stellung genommen werden. Zu erörtern sind:

1. Die geschichtliche Entwicklung, insbesondere die des römischen Rechts (§ 6);
2. der Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 7);
3. Einwilligung und § 185 BGB (§ 8);
4. § 1282 BGB und §§ 835/6 ZPO (§ 9);
5. Ueberlassung der Rechtsausübung und Ausübung von Verwaltungsrechten (§ 10);
6. Spaltung der Forderung (§ 11);
7. die Frage des praktischen Bedürfnisses (§ 12).

§ 6.

Die Berufung auf die Geschichte.

Zur Begründung der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung hat man sich zunächst auf die Entwicklung des römischen Zesssionsbegrifffes berufen. Enneccerus[1]) sagt: „Die Zulässigkeit ergibt sich schon aus der Entwicklung der römischen Zession." Auch Ludewig legt dar, inwiefern gerade die Entwicklung der römischen Zession für die „juristische Konstruktion" der Ermächtigung in Betracht gezogen werden müsse[2]). Das Reichsgericht stützt sich für das gemeine Recht[3]) auf die Entwicklung, die die Zession im römischen Recht

[20]) Jahrbuch der Entscheidungen 41 S. 238.
[1]) § 303 IV 2; siehe auch Enneccerus-Lehmann § 80 IV 2.
[2]) S. 14 ff. a. a. O.
[3]) RGZ 25 S. 207.

genommen hat; in späteren Entscheidungen verweist das Reichsgericht wiederholt [1]) auch für das heute geltende Recht auf diese für das gemeine Recht ergangene Entscheidung [5]). Um zu untersuchen, ob die Entwicklung des römischen Zessionsbegriffes eine brauchbare Stütze dafür bietet, daß neben Vollmacht und Abtretung zur Einziehung eine Einziehungsermächtigung möglich ist, müssen wir zunächst im folgenden die Entwicklung der römischen Zession in kurzen Zügen darlegen, um uns dann zu fragen, inwieweit diese für unsere Frage zu verwerten ist.

I.

Die Entwicklung der Zession im römischen und gemeinen Recht [6]).

Zum Verständnis der Entwicklung, die der Zessionsbegriff im römischen Recht genommen hat, ist zunächst darzulegen, was die Römer unter dem Begriff der Forderung verstanden haben. Sie hatten den Gegensatz von obligatio und dominium aufs strengste durchgeführt. Das Forderungsrecht ist das Recht, von einer Person bestimmte Handlungen zu fordern. Durch die obligatio entsteht „die persönliche Verpflichtung zu einem Leisten oder Gestatten" [7]). Der Unterschied zwischen obligatio und dominium, bei dem nicht eine Person, sondern die Sache selbst Objekt des Rechtes ist, ist in den römischen Quellen auf folgende Weise dargestellt [8]): „Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandam aliquid, vel faciendum, vel praestandum." Eine andere Stelle [9]) stellt das Wesen der Obligation folgendermaßen dar: „Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura." Die Römer faßten das Schuldverhältnis als ein an die Person der Parteien geknüpftes auf: „sie existieren nur durch die wechselseitige Beziehung, worin bestimmte Personen zu einander stehen" [10]). Daraus erklärt sich die Auffassung der Römer, daß durch den Wegfall einer Partei des Schuldverhältnisses auch das Schuldverhältnis selbst aufgelöst wird. So kannte man im ältesten römischen Recht keine Einzelnachfolge in Forderungen.

Der Grundsatz der Unübertragbarkeit eines Forderungsrechts konnte

---

[4]) Insbesondere RGZ 53 S. 416 u. a.

[5]) Vgl. auch Staudinger 7/8. Aufl. Vorbem. II vor § 398.

[6]) Bähr in Jherings Jahrb. 1 S. 351 ff.; Brinz, Pandekten II 1 § 284; Enneccerus, § 301; von Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. Band § 180 II 1 S. 183 f.; Gürgens, Jherings Jahrb. 8 S. 221 ff.; Hasenöhrl, Oesterr. Oblig. R. II § 72; Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II § 170; Leonhard, Schuldrecht § 336; Ludewig a. a. O. § 3; Mühlenbruch, Zession der Forderungsrechte 3. Aufl.; Sohm-Mitteis, Institutionen; Stammler a. a. O. Nr. 51 S. 181 ff.

[7]) Mühlenbruch a. a. O. § 2 S. 5.

[8]) Paulus: L. 3. pr. D. de O. et A. (44, 7).

[9]) pr. I 3, 13.

[10]) Mühlenbruch a. a. O. § 2 S. 20.

aber nur im ältesten römischen Recht streng durchgeführt werden. Als sich bei den Römern ein ausgebildetes Wirtschaftsleben entwickelte, mußte dieser Grundsatz Ausnahmen weichen, da man Formen finden mußte, unter denen es sich ermöglichen ließ, daß ein anderer als der Gläubiger — und als der Schuldner — Subjekt eines Schuldverhältnisses werden konnte. Die Wege, die sich zunächst entwickelten, finden wir bei Gaius [11]): „Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus, experiri." Man half sich zunächst mit der von Gaius erwähnten „novatio obligationis" [12]). Unter Aufhebung des alten Schuldverhältnisses begründete man ein neues zwischen dem Schuldner und demjenigen, der Gläubiger werden sollte. Die Novation wurde vollzogen durch Stipulation, die auf Anweisung („iubente me") des bisherigen Gläubigers geschah. Diese Stipulation hat mit unserem heutigen Zessionsbegriff keinerlei Aehnlichkeit. Während heute eine Forderung ohne Mitwirkung des Schuldners übertragen werden kann, setzte die Novation eine Mitwirkung des Schuldners voraus. Vor allem wurde nicht dasselbe Schuldverhältnis „übertragen". Von „Uebertragung" darf man nicht sprechen; es handelt sich um den Abschluß eines vollkommen neuen Vertrages, auf Grund dessen zwei Personen in ein neues „iuris vinculum" treten.

Diese Form konnte den Ansprüchen des sich mehr und mehr entwickelnden Handelsverkehrs der Römer nicht mehr entsprechen, zumal die Schuldersetzung zu einer Zerstörung der Nebenrechte führte [13]). Man mußte einen Weg finden, mittels dessen eine Uebertragung des Gläubigerrechts ohne Mitwirkung des Schuldners möglich war. Man benutzte dazu zunächst das Institut des Mandats: der Gläubiger beauftragte einen anderen, seine Forderung als sein Bevollmächtigter (cognitor oder procurator) gegen den Schuldner einzuziehen und einzuklagen.

Auch das mandatum hat sich erst allmählich entwickelt. Das römische Recht kennt keine direkte Stellvertretung. Es ging von dem Gedanken aus, daß jeder für sich in Person handeln müsse [14]) [15]). So war denn zunächst auch eine Stellvertretung im Prozeß in der frühesten Zeit unmöglich [16]). Erst allmählich ließ man die gericht-

[11]) Inst. II, 38.
[12]) Vgl. Bähr a. a. O. § 2, 2 S. 364 f.
[13]) Vgl. Leonhard Schuldrecht a. a. O.
[14]) „Nemo alieno nomine lege agere potest" L 123 pr. D. de R. j. (Ulpian lib 14 ad Ed.)
[15]) Mühlenbruch a. a. O. § 5 S. 44.
[16]) Mühlenbruch a. a. O. § 6 S. 47.

liche Stellvertretung zu: zunächst nur für einige bestimmte Fälle, was jedoch später zur Zeit des Formularprozesses zur Regel wurde. Der Stellvertreter mußte und konnte — als indirekter Stellvertreter — nur im eigenen Namen auftreten. Er handelte aber nicht aus eigenem, sondern aus fremdem Recht. Der Mandatar hatte kein Recht an der Forderung, daher erlosch auch bei Widerruf oder Tod des Gläubigers das Mandat. In eine feste Beziehung zu dem Schuldner trat der Beauftragte erst mit der „litis contestatio".

Hier ist es erforderlich, kurz darauf hinzuweisen, daß dem römischen Recht eine Auffassung des Prozesses als staatlichen Zwangsmittels zunächst fremd war[17]). Die Parteien unterwarfen sich nach römischer Anschauung freiwillig der Entscheidung des Richters. Man faßt dies als einen Vertrag der Parteien auf, in dem die Parteien „sich einigten, fortan nicht mehr das ursprüngliche Rechtsverhältnis, sondern nur noch das unter sich gelten zu lassen, was vom Richter ausgesprochen würde"[18]). Dieser Vertrag war die sog. „litis contestatio". Es ergab sich die Möglichkeit, einen Dritten zu beauftragen, statt des Gläubigers dessen Recht geltend zu machen. Dieses Institut benutzte man dann, um dem Dritten den Gegenstand der Forderung zuzuwenden, indem man ihm gestatte, das Eingeklagte für sich zu behalten (cognitor bezw. procurator in rem suam). Der Vermögenserwerb des Dritten geschah durch die litis contestatio, die in der Zeit des Formularprozesses in der Annahme der „formula": sie paret Nm Nm Ao Ao centum dare opportere, iudex Nm Nm Sempronio in centum condemna, si non paret, absolve" durch die Parteien aus der Hand des Praetors bestand. Bis dahin bestand zwischen Schuldner und procurator keine Beziehung[19]).

Die Bedeutung der litis contestatio trat allmählich zurück. Im ius civile trat an ihre Stelle für das mandatum in rem suam die „denuntiatio". Während vorher bis zum Augenblick der litis contestatio das mandatum widerruflich war, und auch der Ermächtigende seine Forderung selbst noch geltend machen konnte[20]), wurde später das Mandat in dem Augenblick unwiderruflich, in dem der Mandatar dem Schuldner von der Erteilung des Mandats in der Form der „denuntiatio" Mitteilung machte[21]). Von dem Augenblick der denuntiatio an hatte der Mandatar in rem suam ein Recht darauf, daß Zahlung an ihn erfolge[22]).

Die Zession des römischen Rechts vollendete sich in dem Institut der „actio utilis". Ein Rescript des Antoninus Pius[23]) gab dem

---

[17]) Vgl. hierzu und zum folgenden Bähr a. a. O. bes. § 2 S. 366 f.
[18]) Bähr a. a. O.
[19]) Vgl. Paulus L. 16 de procur. 3,3: „Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris vel ipsi domino iudicium accipiandi."
[20]) Vgl. Bähr a. a. O. S. 363.
[21]) Ueber das Wesen der denuntiatio vgl. Mühlenbruch a. a. O. § 8 S. 77 ff.
[22]) L. III pr. C. de novat. 8, 41.
[23]) Das S. C. Trebellianum (Gaj. II, 253).

Erbschaftskäufer die Klage aus der zur Erbschaft gehörigen Forderung als „utilis actio“ [24]). Es war jetzt nicht mehr ein mandatum agendi erforderlich. Wies der Erbschaftskäufer den Kauf nach, so war er ohne weiteres zur Einziehung berechtigt. Dieser Grundsatz wurde auch auf den sonstigen Forderungserwerb übertragen. Es brauchte nunmehr nur noch die Veräußerung der Forderung nachgewiesen zu werden. Die actio utilis war unabhängig von Widerruf und Tod des Gläubigers [25]). Praktisch von besonderer Bedeutung war diese besonders für die Fälle, in denen das mandatum — durch Tod, Widerruf u. a. — erloschen war. Während früher der Mandatar dann nichts mehr unternehmen konnte, gab ihm jetzt der Praetor eben eine actio utilis, so daß er weiterhin die Möglichkeit hatte, das Recht geltend zu machen. Später wurde eine actio utilis auch gegeben, wenn ein mandatum nicht vorlag: es kam nur noch auf das Veräußerungsgeschäft selbst an. Es ist zu beachten, daß auch seit der Einrichtung der actio utilis die Forderung selbst nicht überging. Der Erwerber hatte durch die „cessio“ zwar ein „geschütztes Recht“ erworben, aber doch immer nur das Recht, eine fremde Forderung einzuziehen [26]). Inhaber der Forderung blieb der ursprüngliche Gläubiger. Die Verfügung über die Forderung hatte er aber nicht mehr. Der Zessionar „hatte alles Recht aus der Forderung allein und mit Ausschluß des Gläubigers“ [27]) [28]).

Das gemeine Recht knüpfte an das germanische Recht an. Diesem war der Gedanke, daß die Forderung mit der sie begründenden Person unlösbar verknüpft sei, wohl fremd [29]). Es kannte einen Uebergang der Forderung durch Vertrag, zu welchem die Zustimmung des Schuldners erforderlich war. Im gemeinen Recht übernahm man — gezwungen durch die Entwicklung des wirtschaftlichen Lebens, das in den letzten Jahrhunderten das Streben zeigt, „aus dem Zustand der Stabilität in den der Labilität überzugehen“ [30]) — zwar die römische Zessionslehre, betrachtete aber die Zession bereits als Uebertragung der Forderung [31]). Mühlenbruch a. a. O. will auch im gemeinen Recht die Zession noch als „Uebertragung der Befugnis, ein

[24]) Dies war erforderlich, da aus dem Verkauf einer Erbschaft für den Verkäufer die Verpflichtung entstand, die zur Erbmasse gehörigen Sachen dem Käufer zu übereignen und die Forderungen bezw. die Möglichkeit deren Einklagung zu übertragen.

[25]) Die denuntiatio behielt ihre Bedeutung; auch im heutigen Recht ist die Benachrichtigung wichtig: bis zum Augenblick der Benachrichtigung kann der Schuldner an den Zedenten mit befreiender Wirkung leisten.

[26]) Leonhard a. a. O.; vgl. auch Bähr a. a. O.; Ludewig a. a. O. S. 17; Mühlenbruch a. a. O.

[27]) Brinz a. a. O. S. 401.

[28]) Vgl. hierzu unten S. 54.

[29]) Gürgens a. a. O. S. 234.

[30]) Bähr a. a. O. S. 351.

[31]) Vgl. hierzu Bähr a. a. O., insbes. § 8 S. 403 ff.; Enneccerus § 302 II; Hasenöhrl § 72 S. 170 f.; Leonhard a. a. O.; wie hier auch Brinz, Windscheid u. a. m.

fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen“ [32]) auffassen. Der Versuch Mühlenbruchs, diese Anschauung des römischen Rechts als gemeines hinzustellen, hat heftigen Widerspruch gefunden [33]) und ist auch mit Recht nicht zur Anerkennung gelangt.

II.

Die Verwendung des römischen Zessionsbegriffs für die Einziehungsermächtigung.

Wir haben gesehen, daß es im römischen Recht verschiedene Entwicklungsstufen gibt. Die Verfechter des Gedankens, daß die Entwicklung des römischen Rechts für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung spreche, haben meist vergessen zu erklären, welche Stufe der durch die Einziehungsermächtigung geschaffenen Lage gleich sein soll. Ich glaube, daß die meisten [34]) die Einziehungsermächtigung bezw. ihre Wirkung mit dem Zustand vergleichen, den das mandatum agendi in rem suam hervorgerufen hat. Wir haben oben gesehen, daß durch dieses der procurator in rem suam beauftragt wurde, ein dem Auftraggeber zustehendes Forderungsrecht gegen einen Dritten geltend zu machen. Es entsprang nur der Gestaltung, die das römische Recht dem Mandat gegeben hat, daß die Geltendmachung des Forderungsrechts im eigenen Namen geschehen mußte. Durch das mandatum agendi wurde der procurator berechtigt und befugt, die Forderung in eigenem Namen einzuklagen und das Eingezogene für sich zu behalten. Insoweit stimmt also die Stellung, die dem Procurator gewährt war, mit derjenigen, die dem Einziehungsermächtigten gewährt werden soll, überein.

Dabei sind jedoch folgende Umstände nicht beachtet:

Zunächst war es im römischen Recht, wie wir gesehen haben beim mandatum in rem suam so, daß der procurator nicht die Möglichkeit hatte, die Einlassung des Schuldners auf den Rechtsstreit durch Annahme der litis contestatio zu erzwingen. Wir haben auch weiter gesehen, daß bis zur litis contestatio die Stellung des Mandatars mehr der eines zum Einzug Bevollmächtigten gleicht. Der Begriff des mandatum in rem suam läßt sich daher bis zu der Zeit, in der der Prozeß als Zwangsmittel des Staates aufgefaßt wurde und sich daher die Parteien auf diesen einlassen mußte, nicht für die Einziehungsermächtigung verwenden.

Aber auch nachher nicht: Wir haben oben gesehen, daß durch den Condemnationsbefehl in der formula der Schuldner verurteilt wurde, dem procurator die dem Gläubiger geschuldete Leistung zu zahlen Es wird nun zwar allgemein gelehrt, daß im römischen Recht eine Uebertragung der Forderung nicht stattgefunden habe. Dabei

---

[32]) a. a. O. S. 222.
[33]) Siehe insbes. Bähr a. a. O.
[34]) Bes. Enneccerus a. a. O.

hat man jedoch übersehen, daß durch die litis contestiatio ein neuer Abschnitt, ein neuer rechtlicher Zustand eintrat. Man hat m. E. den Fehler gemacht, daß man das durch das mandatum in rem suam entstandene Rechtsverhältnis zu sehr nach dem Zustand beurteilte, der durch das Mandat selbst eingetreten ist, und nicht beachtet hat, daß sich dieser – wenn auch erst im Laufe des Prozesses — änderte. Denn durch die litis contestiatio erlangte der procurator das Recht, von dem Schuldner die dem Gläubiger geschuldete Leistung zu fordern. Inhalt des Gläubigerrechts ist aber doch das Recht des Gläubigers, die Leistung an sich im eigenen Namen, auf Grund eigenen Rechts zu fordern [35]). Wenn der procurator durch die litis contestatio dieses Recht erhält, so ist ihm das Gläubigerrecht gegeben; und man kann sagen, daß durch die litis contestatio — wenn auch infolge des Mandats - der procurator Gläubiger wurde. Ob dadurch nun die alte Forderung übertragen wurde oder eine neue entstand, kann dahingestellt bleiben. Immerhin muß man m. E. sagen, daß durch die litis contestatio eine Beziehung zwischen procurator und Schuldner eintrat, die der Beziehung zwischen Mandant und Schuldner gleich war: man kann daher von einer Uebertragung der Forderung sprechen. Das mandatum agendi rief also nur eine vorübergehende Rechtsbeziehung hervor [36]).

Wie wir weiter gesehen haben, war das mandatum agendi in rem suam eine Erscheinung, die durch die spätere Entwicklung der Zession überholt worden ist. Der Zustand, der durch die Gewährung einer actio utilis eintrat, läßt sich m. E. mit der Einziehungsermächtigung noch weniger vergleichen. Ludewig [37]), der die Entwicklung im römischen Recht nur als Mittel „zur Konstruktion der Ermächtigung" benutzt, macht selbst auf einen wichtigen Unterschied zwischen der Ermächtigung und dem Rechtsverhältnis, das bei Gewährung einer actio utilis entstand, aufmerksam. Von der denuntiatio an ist dem Inhaber der Forderung die Verfügung über die Forderung entzogen. Dies bedeutet soviel, daß der Inhaber der Forderung nichts mehr von der Forderung hat: die Ueberweisung der Forderung zur Einklagung gewährt ein unmittelbares, unwiderrufliches Recht an der Forderung, die Ueberweisung ist damit ein Akt der Vermögensübertragung geworden [38]). Bei der Einziehungsermächtigung aber soll — wie insbesondere das Reichsgericht annimmt [39]) — der Ermächtigende weiter zur Verfügung über die Forderung berechtigt bleiben [40]).

Der Gedanke, der der römischen Zession zugrunde lag, läßt sich

---

[35]) Vgl. § 16 dieser Abhandlung.

[36]) Siehe hierzu Bähr a. a. O. § 3 S. 369; Brinz a. a. O., bes. S. 391 f.; Leonhard a. a. O § 336 und § 345.

[37]) a. a. O. S. 17.

[38]) Bähr a. a. O. § 5 S. 389.

[39]) Vgl. § 16 dieser Abhandlung.

[40]) Auch Brinz a. a. O. S. 392 ff. weist darauf hin, daß durch die actio utilis der Erwerber „so gut wie Gläubiger" wurde.

auch deshalb nicht auf das heutige Recht übertragen, weil die spätere Entwicklung der Abtretung zeigt, daß mit der Zeit der Gedanke der Uebertragung einer Forderung sich durchgesetzt hat. Wir dürfen einen geschichtlich gewordenen Rechtszustand aber nur dann auf unser heutiges Recht übertragen, wenn man nicht nachträglich zu einem anderen Ergebnis bezw. zu der Erkenntnis gekommen ist, daß eine andere Rechtsform besser und zweckmäßiger, die alte aber entbehrlich ist. Zu dieser Erkenntnis ist das spätere Recht für die Abtretung gekommen, und damit entfällt m. E. die Möglichkeit, diesen Rechtszustand auf unser Recht, das keine ausdrückliche Regelung getroffen hat, zu übernehmen. Man könnte höchstens dann die geschichtliche Entwicklung heranziehen, wenn es andere im geltenden Recht herrschende Erscheinungen gibt, auf Grund deren man zu dem Ergebnis kommen muß, daß die Einziehungsermächtigung zulässig sei. Man kann aber dann eine überholte geschichtliche Entwicklung lediglich als Stütze für eine „dogmatische Begründung verwenden, die sie aber nicht ersetzen kann“ [41]). Eine solche dogmatische Begründung ist jedoch nicht zu finden.

§ 7.

Die Berufung auf den Gedanken der Vertragsfreiheit.

Das Reichsgericht hat sich in mehreren grundsätzlichen Entscheidungen zur Begründung der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung auf den Grundsatz der sog. „Vertragsfreiheit“ berufen [1]).

Was bedeutet dieser Grundsatz? „Die Vertragschließenden können Schuldverhältnisse jeden Inhalts frei vereinbaren“ [2]). Diese Erläuterung zeigt uns, daß der Ausdruck „Vertragsfreiheit“ nicht das zum Ausdruck bringt, was unter ihm verstanden werden soll. M. E. wäre für den zum Ausdruck gebrachten Gedanken das von Leonhard [3]) geprägte Wort „Inhaltsfreiheit“ richtiger, denn es bringt nicht zum Ausdruck, daß es freisteht, Verträge zu schließen, sondern daß es den Parteien überlassen ist, ein Schuldverhältnis mit jedem beliebigen Inhalt zu begründen. Dieser Freiheit sind aber durch allgemeine Rechtsgrundsätze Grenzen gezogen [4]).

Der Grundsatz der Inhaltsfreiheit gilt lediglich im Schuldrecht, also nur für solche Verträge, in denen keine Verfügung enthalten ist. Im Sachenrecht kann er keine Anwendung finden: denn dingliche Verfügungen berühren nicht nur das Recht des Verfügenden, sondern können auch Rechte Dritter berühren. Es kann nicht jedem freistehen,

---

[41]) Löbl, a. a. O. § 4 a. E. S. 282.

[1]) RGZ 73 S. 308, 78 S. 97; 91 S. 930 u. a.; ebenso Staudinger 7/8. Aufl. a. a. O. vgl. auch Volmer, Gruchot 59, S. 640.

[2]) Enneccerus § 251, 2.

[3]) Schuldrecht § 133.

[4]) Siehe insbesondere §§ 134, 138, 310, 312 BGB.

in Rechte Dritter einzugreifen[5]). Das, was für das Sachenrecht gilt, muß auch für die im zweiten Teil des bürgerlichen Gesetzbuches stehenden dinglichen Verfügungsakte Anwendung finden, zu denen u. a. auch die Abtretung gehört.

Zusammengefaßt sagt der Grundsatz der Vertragsfreiheit folgendes: Es ist möglich, Verträge beliebigen Inhalts zu schließen. Diese Verträge wirken aber nur unter den Parteien, unter den Vertragschließenden. Dritten gegenüber haben sie und können sie keine Wirkung haben, wenn es das Gesetz nicht ausdrücklich anders regelt (z. B. Abtretung § 398 BGB). Es ist also nicht möglich, durch einen Vertrag in einen fremden Rechtskreis einzugreifen, oder, wie Oertmann sagt[6]): „Nichts hindert die Parteien, sich unter Beachtung der im Gesetzbuch ihrer Bestimmungsfreiheit gesteckten allgemeinen Schranken i h r e Beziehungen frei zu regeln."

Wollen wir dies Ergebnis auf unsere Frage nach der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung, mit der Wirkung, daß der Dritte, nämlich der Schuldner verpflichtet wird, an den Ermächtigten zu leisten, anwenden, so ist nicht zu verstehen, wie das Reichsgericht mit dem Grundsatz der Inhaltsfreiheit arbeiten zu können glaubt.

Gegen die Begründung der Ermächtigung mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit wird außerdem noch eingewandt, daß dieser nur für das Privat-, nicht auch im Prozeßrecht gelte[7]). Die Ermächtigung zur Prozeßführung sei aber eine „rein prozessuale, somit öffentlich rechtliche Rechtshandlung"[8]). Diese Ansicht ist indessen für unsere Untersuchung ohne Bedeutung. Hellwig behandelt die reine Ermächtigung zur Prozeßführung. Ob diese eine Prozeß- oder privatrechtliche Handlung ist[9]), kann für uns dahingestellt bleiben. Die Einziehungsermächtigung gehört, auch wenn mit ihr die Ermächtigung zur Prozeßführung verbunden ist, bestimmt dem Privatrecht an. Wir kommen schon auf Grund des allgemeinen Gedankens, daß durch Verträge nicht in Rechte Dritter eingegriffen werden kann, zu dem Ergebnis, daß der Grundsatz der Inhaltsfreiheit hier keine Anwendung finden kann. Die Parteien: der Ermächtigende und der, der ermächtigt werden soll, können nämlich vereinbaren, daß der zu Ermächtigende befugt ist, die Forderung einzuziehen und einzuklagen, d. i. der Inhalt, der jedem Vertrag gegeben werden kann; damit ist aber nichts über die Wirkung dieses Vertrages dem Schuldner gegenüber gesagt: wenn sich dieser weigert, an den Ermächtigten zu leisten, so kann durch

---

[5]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht § 3 S. 7: „Es ist jedermann möglich, sich selbst zu verpflichten, aber nur dem Berechtigten, einen auch für andere verbindlichen Rechtszustand zu schaffen."

[6]) Vorbem. 11 vor § 241 S. 16.

[7]) H. Hellwig, Ermächtigung z. Prozeßführung in Gruchot 55 S. 609.

[8]) Hellwig a. a. O.

[9]) Gegen Hellwig siehe insbes. Richter a. a. O. S. 779; Ludewig a. a. O. § 11, 1 S. 46.

den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht die Pflicht des Schuldners zur Leistung an den Ermächtigten begründet werden [10]).

Gegen die Verwendung des Gedankens der Inhaltsfreiheit spricht weiter, daß wir es hier mit einem dinglichen Geschäft zu tun haben. Wir haben oben gesehen, daß dieser Grundsatz nur für Verpflichtungsgeschäfte gilt. Die Uebertragung einer Forderung ist als ein unmittelbar eine Rechtsänderung bewirkendes Geschäft ein dinglicher Akt; darüber besteht wohl auch heute kein Zweifel mehr; ebenso wäre die Einziehungsermächtigung ein dingliches Geschäft. Für sie gilt der Grundsatz des „numerus clausus". Es können durch Vereinbarung solche Geschäfte nicht beliebig geschaffen werden. Wir kennen als Gründe der Subjektveränderung Abtretung, Nießbrauch und Pfandrecht, aber nicht eine Ermächtigung; sie läßt sich mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht begründen [11]).

Gegen diese Auffassung wendet sich Löbl [12]). Dieser begeht jedoch m. E. einen Fehler, wenn er davon ausgeht, daß Siber u. a. den Gedanken des numerus clausus dazu verwenden wolle, um ein Argument gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung zu schaffen. M. E. will Siber nur die Ansicht bekämpfen, daß sich die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit stützen lasse. Dagegen spricht der numerus clausus der Sachenrechte, nicht aber dagegen, daß eine Einziehungsermächtigung sich auf andere vom Gesetz zugelassene Weise begründen läßt. Man darf aber nicht aus dem Grundsatz der Inhaltsfreiheit einen Beweis für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung herleiten, wie es das Reichsgericht u. a. tun.

§ 8.

Die Berufung auf die Vorschriften über die Einwilligung (§§ 182 ff., insbesondere § 185 BGB).

Wir haben bereits gesehen, daß die Begründung des Reichsgerichts für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung nicht einheitlich ist. Am vorherrschendsten in Schrifttum [1]) und Rechtsprechung [2]) ist wohl die Berufung auf die Vorschriften, die unser bürgerliches Gesetzbuch über die Einwilligung gegeben hat (§§ 182 ff.); insbesondere beruft

---

[10]) Siehe hierzu auch Ludewig, § 11, 1 S. 46.

[11]) Siber, Jherings Jahrbuch 70, S. 279 und 288 ff.; Leonhard, Schuldrecht § 345.

[12]) a. a. O. S. 303 f.

[1]) Enneccerus a. a. O.; Enneccerus-Lehmann a. a. O.; Jacobi, Wertpapiere § 24 S. 65; Jander a. a. O. IV 2 S. 472; Kiehl, Gruchot 55 S. 844 f.; Nipperdey a. a. O. § 191 Ic; Oertmann vor § 398 Anm. 2 (S. 434); Regelsberger, Pandekten § 163; Volmer, Gruchot 57 S. 624 ff.; s. auch Isay a. a. O. S. 205, der den Begriff Ermächtigung als Gestattung zur Prozeßführung auffaßt, und Schloßmann a. a. O. S. 295 ff., der „ermächtigen" gleichsetzt mit „gestatten" „erlauben", „zulassen" (promittere).

[2]) RGZ 10 S. 48; 53 S. 275; 54 S. 362; 73 S. 306; 91 S. 390 f.; 117 S. 72; 133 S. 324; = JW 1932 S. 397 ff. JW 1929 S. 1747; KG in Jhb. d. Entsch. 41 S. 238.

man sich auf § 185 BGB. Von den Ansichten im Schrifttum sei wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung die von Enneccerus[3]) hervorgehoben: „An ihrer (der Einziehungsermächtigung) Gültigkeit ist nicht zu zweifeln. Kann ich doch jemand ermächtigen, meine Sache in eigenem Namen zu veräußern (§ 185), weshalb also nicht auch dazu, meine Forderung in eigenem Namen einzuziehen?" An anderer Stelle[4]) hat Enneccerus verschiedene Erscheinungen unseres Rechts unter einen gemeinsamen Begriff „Ermächtigung" zusammengefaßt. Die „Ermächtigung, durch eine Willenserklärung auf das Vermögen des Ermächtigenden einzuwirken", zerfällt in zwei Gruppen, je nachdem ob die Willenserklärung im Namen des Ermächtigenden oder des Ermächtigten abgegeben werden soll. Bei dieser zweiten Gruppe unterscheidet Enneccerus drei Arten:

a) „Die Ermächtigung, über einen dem Ermächtigenden gehörigen Gegenstand in eigenem Namen zu verfügen (Verfügungsermächtigung)."

b) „Die Ermächtigung durch ein in eigenem Namen vorzunehmendes Rechtsgeschäft den Ermächtigenden zu verpflichten (Verpflichtungsermächtigung)."

c) „Die Ermächtigung zur Verwirklichung, insbesondere auch zur gerichtlichen Geltendmachung eines Rechtes des Ermächtigten (Prozeßführungsermächtigung)."

Zu dieser Gruppe zählt Enneccerus — und m. E. von seinem Standpunkt aus mit Recht — die „Einziehungsermächtigung". Auch hier beruft sich Enneccerus auf die Vorschriften über die Einwilligung. Er führt aus, daß die Verfügungsermächtigung (a) unter den Begriff der Einwilligung falle. Er verkennt im Gegensatz zu seinen Ausführungen in § 303 a. a. O. hier nicht, daß bei der Prozeßführungsermächtigung (c) die Vorschriften über die Einwilligung nicht in gleicher Weise anwendbar sind, und begründet diese aus § 185 Abs. 1 BGB, ohne diesen hier, wie es scheint, direkt anwenden zu wollen. Denn, so sagt er, die Prozeßführung enthalte keine unmittelbare Verfügung, führe aber zu einer solchen, und es sei daher ein „Analogieschluß" gerechtfertigt.

Der Begründung von Enneccerus im § 303 a. a. O. scheint Lehmann in seiner Bearbeitung des Schuldrechts von Enneccerus[5]) nicht ganz zuzustimmen[6]). Er beruft sich auch auf § 185 I BGB, glaubt aber damit allein nicht die Verpflichtung des Schuldners, an den Ermächtigten zu leisten, begründen zu können. Diese soll sich vielmehr aus einer in der Ermächtigung zur Einziehung liegenden Anweisung

---

[3]) § 303 IV 2.
[4]) § 175.
[5]) § 80 IV 2.
[6]) Abgesehen davon, daß Lehmann eine Aufstellung eines besonderen Begriffs der Ermächtigung für unser Recht nicht für notwendig hält.

an den Schuldner zur Leistung an den Ermächtigten und einem „teilweisen Eintritt des Ermächtigten in die eigene Rechtstellung des Zedenten“ ergeben.

Die erörterten Ansichten bedürfen einer näheren Untersuchung:

I.

Der Begriff der Zustimmung und § 185 BGB.

Will jemand mit einem anderen einen Vertrag schließen oder eine Willenserklärung abgeben, so ist dies in der Regel ohne weiteres möglich. Jeder kann, wie wir gesehen haben[7]), Verträge *jeden Inhalts* schließen. Nicht selten kommen aber auch Geschäfte vor, bei denen dies nicht möglich ist: dann, wenn das Interesse anderer entgegensteht. Es gibt aber auch Geschäfte, die jemand *nicht allein* abschließen kann. So bedarf z. B. der Minderjährige, d. h. derjenige, der das 7. Lebensjahr vollendet hat, aber noch nicht 21 Jahre alt ist, zu Geschäften, die ihm nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (§ 107 BGB). Ebenso ist in anderen Fällen oft eine Zustimmung erforderlich, sei es die des gesetzlichen Vertreters[8]) oder des Vormundschaftsgerichts[9]) oder des anderen Ehegatten[10]). Auch sonst gibt es zahlreiche Fälle, in denen eine Zustimmung erteilt werden muß. Schließt jemand ein Geschäft im Namen eines anderen ab, so bedarf es zu dessen Wirksamkeit für und gegen den anderen der Zustimmung des Vertretenen. Für all diese Fälle sind in den §§ 182 ff. BGB besondere Regeln für die Art und Weise der Erteilung und für die Wirkung der Zustimmung — die, wenn sie vor Abschluß des Rechtsgeschäfts erteilt wird: „Einwilligung“, wenn sie nach Abschluß des Rechtsgeschäfts gegeben wird, „Genehmigung“ genannt wird — aufgestellt.

Die größte Bedeutung für die Einziehungsermächtigung hat § 185 BGB, dessen erster Absatz lautet:

> „Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt.“

Der Einwilligung wird in § 185 Abs. II die nachträgliche Genehmigung gleichgestellt. Aus diesen Sätzen leitet man den Grundsatz ab, daß derjenige, der im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügt, der Zustimmung des Berechtigten bedarf[11]). Die Bedenken, die gegen diesen Satz erhoben worden sind, sind m. E. unzutreffend. Man bekämpft insbesondere die aus diesem Satz zu entnehmende

---

[7]) § 7 dieser Abhandlung.
[8]) § 131 II, 1304, 1331, 1337, 1437 II, 1751, 2275 II BGB.
[9]) §§ 1484, 1643 ff., 1653, 1690, 1814, 1816, 1819 ff. BGB.
[10]) §§ 1395 ff., 1399 II, 1412, 1444 ff., 1460, 1465 II, 1516 f. BGB.
[11]) So Enneccerus § 191 I 1c; vgl. auch Leonhard, Schuldrecht § 345; Ludewig a. a. O. § 7 S. 30.

Folgerung, daß jemand überhaupt im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügen könne, wenn es nicht im Gesetz geregelt ist. Man sagt, die Einziehung einer fremden Forderung müsse notwendig in fremdem Namen erfolgen[12]). Wenn man über fremde Rechte verfüge, so werde man stets zum Stellvertreter, da man das Recht als fremdes bezeichnen müsse. Man handle also stets „im fremden Namen". Dies ist nicht richtig. Die Vorschrift des § 185 BGB wäre zum größten Teil überflüssig, wenn man nicht auf Grund des § 185 jemandem das Recht geben könnte, über einen Gegenstand im fremden Namen zu verfügen. Wenn man annimmt, daß in all diesen Fällen der Verfügende zum Stellvertreter wird, dann muß man auch die Folgerung daraus ziehen und nicht § 185, sondern die Vorschriften, die das bürgerliche Gesetzbuch für die Fälle gegeben hat, in denen ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt (§ 177 ff. BGB), anwenden. Gestatte ich jemandem in seinem Namen über meine Sache zu verfügen, so vermag er dies mit Wirkung gegen mich auf Grund des § 185 BGB. Auch folgt aus der Notwendigkeit, den Namen des Gläubigers zu nennen, nicht, daß der Nichtberechtigte auch im Namen des Gläubigers handeln muß[13]). Ich halte es daher für richtig, wenn die Ermächtigung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, die „Verfügungsermächtigung", als eine Einwilligung in die Verfügung eines Nichtberechtigten gemäß § 185 BGB aufgefaßt wird[14]).

Damit ist aber nichts darüber gesagt, ob es sich auch auf § 185 BGB stützen läßt, daß jemand einem anderen die Ermächtigung erteilt, seine Forderung im eigenen Namen einzuziehen und einzuklagen, und ob sich aus § 185 die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung an den Ermächtigten ergibt. Dies soll im folgenden untersucht werden.

II.

§ 185 BGB und die Einziehungsermächtigung.

(Kritische Betrachtung.)

Durch die Einwilligung zu einer Verfügung erhält, wie zu I ausgeführt, derjenige, dem die Einwilligung erteilt wird, das Recht, im eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen. Es fragt sich nun, ob wir diesen Gedanken, den § 185 BGB zum Ausdruck bringt, auch zur Begründung der Einziehungsermächtigung verwenden können.

Faßt man die Einziehungsermächtigung als Einwilligung, im eigenen Namen eine fremde Forderung einzuziehen, auf, so müßte die Einziehungshandlung, um § 185 BGB anwenden zu können, eine Ver-

---

[12]) So Schöninger a. a. O., insbesondere S. 187; Siber, Jherings Jahrb. 67, insbes. S. 102 und 132; von Tuhr II 1 § 60 III; Max G. H. Wolff a. a. O. S. 124 ff.

[13]) Oertmann § 185 Anm. 2. Vgl. auch unten § 15 dieser Abhandlung.

[14]) Enneccerus § 175; Ludewig a. a. O. § 7 S. 30.

fügung sein. Unter Verfügung versteht die h. M. jede Willenserklärung, durch welche „auf ein Vermögensrecht unmittelbar eingewirkt wird“ [15]). Anders Leonhard [16]), der die Verfügung als „dingliches Rechtsgeschäft, soweit es ein Opfer enthält“, bezeichnet. Der Streit um das Wesen der Verfügung ist für uns unerheblich, nach jeder Ansicht ist das Einziehen selbst keine Verfügungshandlung. Es ist richtig, daß das Einziehen einer Forderung eine Verfügung nach sich ziehen kann: wenn durch die Leistung an den Ermächtigten die Forderung untergeht, also wenn der Schuldner „erfüllt“ [17]). Das Einziehen einer Forderung ist lediglich eine „Verwaltungshandlung“ [18]). Dies können wir daraus entnehmen, daß unser Recht solchen, die nur ein Verwaltungs-, aber kein Verfügungsrecht haben, das Recht der Einziehung überlassen hat. So kann z. B. der Ehemann ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht in eigenem Namen gerichtlich geltend machen, obwohl ihm das Verfügungsrecht über das eingebrachte Gut entzogen ist (§ 1380 BGB) [19]).

Es ist weiter zu beachten, daß es sich ja nicht nur um die Frage der Einziehungsmöglichkeit handelt, sondern auch die, ob der Ermächtigte auf Grund der Einziehungsermächtigung gegen den Schuldner gerichtlich vorgehen kann. Und es steht fest, daß die Prozeßführung keine Verfügung ist.

Dieser Umstand allein kann jedoch der Anwendung des § 185 nicht entgegenstehen. Mit Recht weist m. E. Lehmann [20]) gegen Leonhard a. a. O. darauf hin, daß die unter § 185 fallende Verfügung lediglich in der Entgegennahme der Leistung des Schuldners von Seiten des Ermächtigten liegt, nicht aber in der übrigen auf die Einziehung gerichteten Tätigkeit. Es ist also gemäß § 185 dem Ermächtigten möglich, die dem Ermächtigenden geschuldete Leistung entgegenzunehmen. Nicht aber erfaßt § 185 BGB die Möglichkeit, die Leistung des Schuldners an den Ermächtigten zu erzwingen; nicht erfaßt § 185 die Prozeßführung, er ermöglicht lediglich die Empfangnahme der Leistung, eine Macht, die Leistung zu fordern, gewährt er nicht. Denn die Einwilligung gilt lediglich für die Handlung, die in den Kreis des Ermächtigenden, nicht aber für die, die in die Sphäre des Schuldners eingreift. § 185 regelt die Beziehungen zwischen Einwilligendem und Einwilligungsempfänger; es entspringt aber aus § 185 nicht das Recht, die Leistung vom Schuldner auch gegen seinen Willen zu fordern. Leistet der Schuldner freiwillig, so

---

[15]) Sohm, Bürgerl. Arch. 28 S. 192.

[16]) Leonhard, Lehrbuch i. k. S. S. 41.

[17]) „Erfüllung“ und „Verfügung“ setzt Wilutzky (bürgerl. Arch. 28 S. 53 ff.) gleich; vgl. insbesondere S. 74 ff., wo er sagt, daß die Leistung Erfüllung sei.

[18]) So Leonhard, Schuldrecht § 334; vgl. auch Siber, Jherings Jahrb. 67 a. a. O. und unten § 10 II dieser Abhandlung.

[19]) Vgl. hierzu auch Wieland, Ziv. Arch. 95 S. 189; a. M. Schöninger a. a. O. S. 186.

[20]) a. a. O. Anm. 27.

ist die Verfügung, die darin liegt, daß die Forderung durch Entgegennahme der Leistung untergeht, von demjenigen, dem die Forderung zusteht, vom Berechtigten, genehmigt.

Damit ist auch eine Antwort auf die Frage von Enneccerus a. a. O. gegeben: weshalb man nicht jemanden ermächtigen können soll, eine fremde Forderung in eigenem Namen einzuziehen, da man doch auch jemanden gemäß § 185 ermächtigen könne, eine fremde Sache zu veräußern. Durch die Veräußerung einer Sache wird nicht in den Rechtskreis eines Dritten, sondern lediglich in den des Ermächtigenden eingegriffen. Ich kann jemanden ermächtigen, meine Forderung einzuziehen; aber damit ist noch nicht gesagt, daß der Schuldner auch verpflichtet ist, an den Ermächtigten zu leisten [21]).

III.

Insbesondere die Ansicht von Lehmann.

Daß sich aus § 185 BGB allein nicht die Verpflichtung des Schuldners an den Ermächtigten zu leisten ergibt, hat auch Lehmann a. a. O. erkannt. Er leitet in Uebereinstimmung mit der hier dargelegten Ansicht die Gültigkeit der Einziehungsermächtigung aus § 185 BGB her. Die Verpflichtung des Schuldners will er daraus ableiten, daß in der Einziehungsermächtigung eine Anweisung an den Schuldner zur Leistung an den Ermächtigten liege, und daß der Ermächtigte teilweise in die Stellung des Ermächtigenden eintrete. Es ist jedoch nicht zu ersehen, wie Lehmann die Verpflichtung des Schuldners begründen will.

Zunächst der Gedanke der Anweisung: Stellen wir uns mit Lehmann auf den Standpunkt, daß in der Ermächtigung eine Anweisung liege. Es erhebt sich dann die Frage, welche Bedeutung eine Anweisung hat. Folgen wir der Ausdrucksweise des Gesetzes, so ist die Anweisung eine „schriftliche Willenserklärung, durch die der Anweisende den Angewiesenen ermächtigt, einem Dritten Geld, Wertpapiere und andere vertretbare Sachen auf Rechnung des Anweisenden zu leisten und zugleich den Dritten ermächtigt, die Leistung in eigenem Namen zu erheben“ [22]). Das bürgerliche Gesetzbuch kennt also nur eine schriftliche Anweisung bei Forderungen auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen. Das allein spricht aber nicht gegen die Verwendung der Anweisung zur Begründung der Zulässigkeit der Ein-

[21]) So auch Ludewig a. a. O. § 7 S. 30; K. Hellwig, Lehrbuch I. Bd. § 56 I; System §§ 72 II, 74 III, im Ergebnis übereinstimmend: Löbl a. a. O. § 4 S. 279; Schöninger a. a. O. S. 183 ff., der m. E. mit Recht darauf hinweist, daß der § 185 BGB. „nach seiner Entstehungsgeschichte und nach seinem ganzen Zusammenhang im System des BGB durchaus nur die Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Nichtberechtigten regelt, keineswegs aber dem letzteren gegen dritte Personen mehr Rechte verleihen soll, als er sonst hätte“. Siehe auch H. Hellwig a. a. O. S. 610.

[22]) Enneccerus § 423 I.

ziehungsermächtigung. Durch die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches ist eine mündliche, auf andere Gegenstände gerichtete Anweisung nicht ausgeschlossen und nicht ungültig. Diese fällt nur nicht unter die Regeln des bürgerlichen Gesetzbuches, soweit sie nicht aus grundsätzlichen Erwägungen heraus analog angewendet werden müssen[23]).

Es läßt sich jedoch aus anderen Gründen mit der Anweisung eine Verpflichtung des Schuldners an den Ermächtigten zu leisten nicht begründen. Lehmann übersieht die ausdrückliche gesetzliche Bestimmung des § 787 Abs. II BGB., nach der der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb zur Leistung an den Anweisungsempfänger verpflichtet ist, weil er Schuldner des Anweisenden ist. Erst die Annahme der Anweisung durch den Schuldner verpflichtet ihn, an den Anweisungsempfänger zu leisten (§ 784 BGB). Diese Vorschrift findet nicht nur auf die schriftliche, sondern auch auf die mündlich erteilte Anweisung Anwendung. Sie entspringt dem in unserer Rechtsordnung herrschenden Gedanken, daß in den Rechtskreis Dritter nicht ohne deren Zustimmung eingegriffen werden kann. Es ist mir daher unverständlich, wie Lehmann aus der Anweisung die Verpflichtung des Schuldners konstruieren will[24]).

Ganz unverständlich ist es, wenn er die Verpflichtung des Schuldners aus dessen teilweisem Eintritt in die Rechtsstellung des Zedenten herleitet. Wir haben schon oben darauf hingewiesen, daß es erforderlich ist, den Begriff der Zession und den der Einziehungsermächtigung streng zu scheiden. Auch Lehmann scheint hier in den Fehler zu verfallen, etwas, was der Zession eigentümlich ist, auf die Einziehungsermächtigung beziehen zu wollen. Lehmann begründet selbst deren Zulässigkeit aus § 185 BGB. Die Einwilligung hat jedoch mit der Zession nichts zu schaffen, in der Einziehungsermächtigung, als Einwilligung aufgefaßt, liegt eben keine „teilweiser Eintritt" in die eigene Rechtsstellung des Zedenten. Spricht man von „Zedent" und „Zession mit schwächerer Wirkung"[25]), so kommt man in Versuchung, die Einziehungsermächtigung mit der Zession zu verwechseln. Hält man aber Rechtsübertragung, wie sie die Zession zur Folge hat, und Gestattung des Berechtigten über sein Recht zu verfügen, streng auseinander, so kann man zu diesem Ergebnis nicht kommen[26]).

Aus alledem folgt, daß auch die Versuche, die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung aus § 185 BGB, sei es allein, sei es in Verbindung mit anderen Vorschriften des BGB bzw. anderen Erscheinungen unseres geltenden Rechts zu begründen, nicht zu dem

---

[23]) Vgl. hierzu Enneccerus S. 595; Leonhard, Lehrbuch i. k. S. S. 101 f.; Oertmann vor § 783 Anm. 2; Wieland a. a. O. S. 172 und die einschl. Kommentare.

[24]) Wie hier Haymann in JW 1932 S. 399.

[25]) Enneccerus-Lehmann § 79 I Anm. 1.

[26]) So mit Recht Haymann a. a. O.

Ergebnis führen, daß der Schuldner verpflichtet wird, an den Ermächtigten zu leisten. Besteht eine solche Verpflichtung nicht, so entfällt jede selbständige Bedeutung der Einziehungsermächtigung.

§ 9.

Die Berufung auf das Einziehungsrecht des Pfand- und Pfändungspfandgläubigers (§ 1282 BGB und §§ 835, 836 ZPO).

Das Reichsgericht, das wiederholt mit § 185 BGB gearbeitet hat, hat wohl erkannt, daß dieser nicht ausreicht, um die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung zu begründen. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in dieser Frage zeigen das Bestreben, eine gesetzliche Stütze für die von ihm vertretene Einziehungsermächtigung zu finden. In der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung im 73. Band a. a. O. versucht es, die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung mit einem Analogieschluß aus einer Rechtserscheinung zu begründen, die ihren Niederschlag in den Vorschriften des § 1282 BGB und des § 835 ZPO gefunden hat. Das Reichsgericht sagt: „Die Zulässigkeit einer solchen Ermächtigung findet auch ihre Bestätigung in gesetzlichen Vorschriften, welche die Einräumung ähnlicher Befugnisse zulassen wie in § 1282 BGB betr. das Recht des Pfandgläubigers zur Einziehung der ihm verpfändeten Forderung und in den §§ 835, 836 ZPO, wonach durch Ueberweisung der Einziehung der Pfändungsgläubiger zur Einziehung der Forderung des Schuldners im eigenem Namen ermächtigt wird." Das Reichsgericht faßt also die Stellung des Pfandgläubigers, dem eine Forderung verpfändet ist, nach der Pfandreife sowie des Pfändungsgläubigers, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, als die eines zur Einziehung Ermächtigten auf. Nach der Ansicht des Reichsgerichts müßte daher der Pfand- bzw. Pfändungsgläubiger kein eigenes Recht haben, sondern ein ihm fremdes Recht kraft einer Ermächtigung geltend machen.

Wir müssen daher in folgendem untersuchen, welche Stellung der Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger hat.

I.

Die Stellung des Pfand- und Pfändungspfandgläubigers[1]).

Die Berufung des Reichsgerichts auf die Stellung des Pfand- und Pfändungspfandgläubigers ist die Folge der von ihm früher häufig vertretenen Ansicht, daß der Pfandgläubiger nach der Pfandreife und

[1]) Vgl. zum folgenden insbes. Bekker a. a. O. §§ 32 ff.; H. Hellwig a. a. O., insbes. S. 609 f.; Jacobi a. a. O. S. 57 f.; Krückmann, Ziv. Arch. 103 S. 139 ff., bes. S. 251 ff.; Leonhard, Schuldrecht § 345; Ludewig a. a. O. S. 47; Löbl a. a. O. S. 278 f.; Schefold, Ziv. Arch. 91 S. 269 ff.; Siber, Jher. Jahrb. 70 S. 290 f.; Stein-Jonas § 835 IV, V.

der Pfändungspfandgläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überwiesen ist, die Stellung eines procurator in rem suam habe[2]). Diese Ansicht haben früher auch einige Kommentatoren zur ZPO vertreten[3]). Wir haben oben[4]) bereits Gelegenheit gehabt, die Stellung des procurator in rem suam im römischen Recht zu kennzeichnen. Wir haben dabei gesehen, daß der procurator des römischen Rechts ein Stellvertreter ist, Stellvertreter insoweit, als er berechtigt und verpflichtet ist, für einen anderen zu handeln. Infolge der Regelung, die die Stellvertretung im römischen Recht gefunden hat, unterscheidet sich dieser von unserem Stellvertreter dadurch, daß er nicht im fremden, sondern im eigenen Namen handelt und handeln muß. Wir haben auch gesehen, daß die Stellung des procurator in rem suam vor der litis contestatio sich in gewisser Hinsicht mit der des Einziehungsermächtigten vergleichen läßt. Wenn wir nun die Stellung, die vom Gesetz dem Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger eingeräumt ist, mit der Stellung des Einziehungsermächtigten vergleichen wollen, so müssen wir prüfen, ob die Ansicht, daß der Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger ein procurator in rem suam ist, zu halten ist.

Nach dieser Ansicht müßte der Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger nicht kraft eigenen Rechtes handeln, sondern ein fremdes Recht geltend machen. Sowohl der Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen wie ihre rechtsgeschichtliche Entwicklung lassen eine solche Auslegung nicht zu; wir kommen vielmehr bei richtiger Betrachtung zu dem Ergebnis, daß der Pfand- bzw. Pfändungspfandgläubiger kraft eines eigenen Rechtes handelt, das ihm vom Gesetz auf Grund einer beschränkten Rechtsnachfolge gegeben wurde.

§ 835 ZPO sagt:

„Die gepfändete Geldforderung ist dem Gläubiger zur Einziehung zu überweisen."

§ 836 ZPO spricht von der

„Berechtigung zur Einziehung".

Die Ausdrucksweise des Gesetzes in beiden Paragraphen deutet darauf hin, daß das Verhältnis des Pfändungspfandgläubigers zum ursprünglichen Gläubiger der gepfändeten Forderungen nicht das eines Stellvertreters zu seinem Vollmachtgeber ist, sondern daß dem Pfändungspfandgläubiger ein eigenes Recht eingeräumt werden soll[5]).

Die Motive zu § 835 ZPO sowie die Motive zum BGB[6]) verweisen beim Besprechen dieser Erscheinung nicht auf die Stellung des procurator in rem suam, sondern auf das gemeinrechtliche pignus nominis. Dieses erzeugte eine actio utilis, eine Klage, die dem Klageberechtigten auf Grund eines ihm eigenen Rechtes gegeben wurde. Die Motive

[2]) RGZ 18 S. 399; 20 S. 421; 27 S. 294; 63 S. 218.
[3]) Vgl. die einschl. Kommentare.
[4]) § 6 dieser Abhandlung.
[5]) Schefold a. a. O. S. 273.
[6]) Band II S. 861/2.

zum BGB sprechen ausdrücklich vom „selbständigen Einziehungsrecht des Gläubigers", das ihm kraft des Pfandrechts, und nicht kraft eines Vertretungsverhältnisses zusteht.

Wir brauchen aber nicht auf die actio utilis zurückgreifen, sondern nur die Grundsätze betrachten, die unserem geltenden Recht zugrunde liegen. Durch die Begründung eines Pfandverhältnisses wird dem Pfandgläubiger ein Recht gegeben: das Pfandrecht. Den Inhalt dieses Pfandrechts, d. h. dessen Folgen regelt das bürgerliche Gesetzbuch. Das Recht zur Einziehung der dem Pfandgläubiger verpfändeten Forderung bildet nach § 1282 BGB den Inhalt des Pfandrechts, dieses erzeugt die Klage gegen den Drittschuldner auf Zahlung an den Pfandgläubiger. Diese Klage ist eine eigene Klage des Pfandgläubigers. Es ist nicht einzusehen, warum man hier die Rechtsfigur des procurator in rem suam, die unserem Recht vollkommen fremd ist, einführen will. Sie ist unserem Recht schon insofern fremd, als wir lediglich die direkte Stellvertretung kennen. Der Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger hat seine Befugnis nicht aus der Person des Schuldners. Es ist vielmehr eine durch die Ueberweisung bezw. das Gesetz verliehene Berechtigung, die auf der Pfändung bezw. Verpfändung beruht. Der Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger erwirbt zwar die Forderung selbst nicht, aber er erwirbt ein von der Forderung abgelöstes Recht, den pfandrechtlichen Anspruch. Das Einziehungsrecht behält der Pfandschuldner nicht, er kann die Forderung nicht mehr einziehen, an ihn kann der Schuldner nicht mehr wirksam leisten. Der procurator in rem suam hat eine viel schwächere Stellung. Der Inhaber der Forderung bleibt berechtigt, die Rechte, die das Schuldverhältnis gewährt, neben dem procurator geltend zu machen, Leistung an sich zu verlangen[7]). Der Pfand- bezw. Pfändungspfandschuldner kann dies nicht mehr; er kann also mit dem procurator in rem suam nicht verglichen werden.

Aus alledem folgt, daß der Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger nicht ein fremdes, sondern ein eigenes Recht geltend macht, das früher dem Pfandschuldner zustand, ein Recht, das er „auf dem Wege konstitutiver Rechtsnachfolge erlangt hat"[8])[9]).

II.

Die Anwendung dieser Erscheinung auf die Einziehungsermächtigung.

Aus den zu I dargelegten Gründen kann man nicht von einer Ermächtigung des Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubigers zur Einziehung

[7]) Vgl. § 6 dieser Abhandlung.

[8]) So H. Hellwig a. a. O. S. 609; Siber a. a. O. S. 291; Stein-Jonas a. a. O.; bay. OLG in S. A. 66 S. 123 f.; vgl. auch Bekker a. a. O.; Krückmann a. a. O., bes. S. 302 ff.

[9]) Über den Begriff der konstitutiven Rechtsnachfolge vgl. auch K. Hellwig, Lehrbuch I § 40, II 3.

einer fremden Forderung sprechen. Daher kann die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung schon allein aus diesem Grunde mit den hier angeführten gesetzlichen Bestimmungen nicht begründet werden.

Aber selbst wenn man der früher vertretenen, heute wohl aufgegebenen Ansicht, daß die Stellung des Pfand- oder Pfändungspfandgläubigers die eines procurator in rem suam sei, zustimmen will, oder wenn man in den hier angeführten gesetzlichen Bestimmungen lediglich die Verleihung der Einziehungsmacht an einen anderen als den Rechtsinhaber sieht, darf man nicht zu dem Schluß kommen, daß dies für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung spreche. Die in diesen Bestimmungen zum Ausdruck gebrachte Ueberlassung des Einziehungsrechts beruht auf einem durch Vertrag oder Gesetz begründeten Recht, dem Pfand- bezw. Pfändungsrecht an der Forderung. Unser bürgerliches Recht gibt durch die Einrichtung des Pfandrechts die Möglichkeit, sich für seine Forderung durch Pfandbestellung an einer solchen des Schuldners eine Sicherung zu verschaffen, ebenso das Prozeßrecht durch die Einrichtung der Pfändung einer Forderung. Um die Forderung des Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubigers gegen den Schuldner zu decken, d. h. zu verwerten, gibt das Gesetz diesem die Möglichkeit, die fremde Forderung einzuziehen. Daraus nun, daß das Gesetz für bestimmte, von ihm besonders geregelte Fälle ein solches Einziehungsrecht gibt, kann und darf man nicht den Schluß ziehen, daß man in jedem Fall, also auch da, wo es durch Gesetz nicht ausdrücklich gestattet ist, durch freie Vereinbarung ein solches Einziehungsrecht von der Forderung loslösen und einem anderen übertragen kann. Ganz richtig hebt H. Hellwig [10]) hervor, daß bei der Uebertragung des Einziehungsrechts an den Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger der Zweck, nämlich die Verleihung der Verwertungsmöglichkeit der ver- bezw. gepfändeten Forderung, „die Nachteile, die dem Drittschuldner daraus erwachsen können, daß ihm anstelle seines Gläubigers ein Dritter im Prozesse gegenübertritt, überwiege“ und daß „man im vorliegenden Fall eine derartige Rechtfertigung dafür, daß sich dem Beklagten anstelle seiner Vertragsgegner sein Konkurrent als Gegner im Rechtsstreit vorschiebt, vermisse“ [11]). Wir werden im dritten Teil unserer Arbeit, bei der Untersuchung der Gründe, die gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung sprechen, noch ausführlich Gelegenheit haben darzulegen, inwiefern Interessen des Drittschuldners der Einziehungsermächtigung entgegenstehen. Es soll hier nur gesagt werden, daß solche Interessen in erheblichem Umfang bestehen. Hellwig hat schon recht, wenn er sagt, daß der Zweck, der der Ueberweisung zur Einziehung an den Pfand- bezw. Pfändungspfandgläubiger zugrunde liegt, sich nicht bei der Einziehungsermächtigung zeige. Die Interessenlage kann und wird bei der Einziehungsermächtigung eine ganz andere sein [12]).

---

[10]) a. a. O. S. 610.
[11]) Vgl. auch Siber a. a. O.
[12]) Löbl, a. a. O. S. 279.

Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung ist also mit § 1282 BGB und § 835/836 ZPO nicht zu begründen.

§ 10.

Die Ermächtigung als Ueberlassung der Rechtsausübung und Ueberlassung der Ausübung des Verwaltungsrechts.

Wir haben gesehen, wie wenig die Begründungen, die insbesondere das Reichsgericht, aber auch einige namhafte Schriftsteller für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung geben, eine brauchbare Stütze für diese und die Wirkungen, die ihr beigelegt werden sollen, liefern. Dies ist auch von einem großen Teil der Anhänger der Einziehungsermächtigung[1]) erkannt worden. Ein Teil derselben[2]) hat daher versucht, aus einem vermeintlichen Grundsatz unseres Rechts, dem der Ueberlaßbarkeit des Ausübungsrechts, in Verbindung mit einigen Bestimmungen der Gesetze, die für die Anwendbarkeit dieses Grundsatzes eine Stütze bieten sollen, einen brauchbaren Grund für die Zulässigkeit der hier behandelten Ermächtigung zur Einziehung einer Forderung zu finden.

Diese Versuche bedürfen einer eingehenden Würdigung. Es soll zunächst darzulegen versucht werden, was die Vertreter dieser Anschauung unter diesem Grundsatz verstehen. Es muß hier darauf hingewiesen werden, daß die Anhänger dieser Theorie nicht ganz einheitlich vorgehen. Während man m. E. die Ansichten von Schmidt und Richter trotz teilweise auseinandergehender Begründung zusammen betrachten kann, muß die von Ludewig geäußerte Ansicht zum Teil einer gesonderten Betrachtung unterzogen werden. Denn Ludewig, der in seiner Abhandlung für unser geltendes Recht einen allgemeinen Begriff der Ermächtigung zu konstruieren versucht, behandelt[3]) diesen als Ueberlassung der Ausübung des Verwaltungsrechts. Auf dieses Verwaltungsrecht berufen sich auch einige andere Schriftsteller[4]) [5]).

Die Begründung der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung mit dem Grundsatz der Ueberlassung der Rechtsausübung finden wir zuerst bei Schmidt a. a. O. Wir werden daher im allgemeinen bei

---

[1]) Vgl. insbes. Ludewig, Löbl, Richter, H. Hellwig a. a. O. u. a.

[2]) Ludewig, Richter, Schmidt, Volmer a. a. O.

[3]) a. a. O. § 8, 4.

[4]) Vgl. III dieses Paragraphen.

[5]) Einen Teil der unter die Ludewig'sche Ermächtigung fallenden Fälle betrachtet dieser als Ueberlassung der Ausübung des Verwaltungsrechts „zu getreuen Händen" (§ 9 S. 40 ff.). Diese besondere Gestaltung der Fälle, bei denen die Ermächtigung nicht im ausschließlichen Interesse des Ermächtigten erteilt ist, kann hier unerörtert bleiben, da es sich bei ihnen, wie Ludewig (S. 40) sagt, um eine „besondere Nuancierung" handelt.

der nun folgenden Darstellung des Grundsatzes der Ueberlassung der Rechtsausübung von seiner Darstellung ausgehen [6]).

I.

Die Ueberlassung der Rechtsausübung.

Dieser Grundsatz wird folgendermaßen dargestellt:

Von dem subjektiven Recht ist „die Ausübung" des Rechts, d. i. die „Tätigkeit, die dem Inhalt des Rechts entspricht" [7]) oder wie Ludewig [8]) sich ausdrückt, das „auf tatsächliche Verwirklichung des subjektiven Rechts gerichtete Verhalten" zu unterscheiden. Die Rechtsordnung gibt dem Inhaber eines Rechts die Erlaubnis, Handlungen vorzunehmen, die dem Inhalt des Rechts entsprechen. Jedes Verhalten, das die Rechtsordnung erlaubt, ist Ausübung des Rechts. Der Inhaber des Rechts übt es aus, indem er die Handlungen vornimmt, die er kraft seines Rechts vornehmen kann. Das Verhalten des Ausübenden ist infolge der Bestimmung der Rechtsordnung rechtmäßig [9]).

Zur Ausübung des Rechts gehört nach der herrschenden Ansicht auch die Verfügung und die gerichtliche Geltendmachung [10]).

Schmidt [11]) geht von der Frage aus, ob nach geltendem Recht nur dem Inhaber des materiellen Rechts das Klagerecht zukommt. Im gemeinen Recht habe nur der Berechtigte, „das Subjekt der res in iudicium deducta", das Klagerecht gehabt. Dagegen gelte heute nur der Grundsatz, daß ohne Willen des Berechtigten niemand das Recht eines anderen klageweise geltend machen dürfe. Zulässig sei es aber, das Recht eines anderen einzuklagen, „wenn der Berechtigte einwilligt, wenn also der Berechtigte dem anderen die Ausübung überläßt" [12]).

Daß die Ausübung des Rechts nach geltendem Recht überlaßbar

---

[6]) Vgl. zu diesem § insbes. neben den genannten Ludewig, Richter und Schmidt: Bekker, Pandekten I § 22 f., II § 106; Enneccerus § 68; Hirsch, die Uebertragung der Rechtsausübung I. Teil; K. Hellwig, Lehrbuch I S. 169 Anmerkung 13; § 32 I 4; III Bd. 3 § 171 III 2; System § 72; Jacobi, Wertpapiere § 24; Krückmann, Ziv. Arch. 103, S. 139 ff.; Leonhard, Schuldrecht § 345; Löbl a. a. O. S. 277 ff.; Planck § 398 1 b β; Stampe JW 1921 S. 479; von Tuhr, Lehrbuch II 2 § 92, I S. 545 ff.; Martin Wolff § 118 I; Zitelmann, Ziv. Arch 99 S. 1 ff; vgl. a. Stammler a. a. O. Nr. 54 und Wienstein, Gruch. 46 S. 248, die das fiduziarische Geschäft im allgemeinen als „Ueberlassung des Rechts des Gläubigers zur selbständig berechtigten Einziehung" auffassen. Die Wirkung einer fiduziarischen Abtretung, wie wir sie oben § 3 angenommen haben, kann hiermit nicht erklärt werden. Besonders Wienstein scheint jedoch auch die Einziehungsermächtigung zu den fiduziarischen Geschäften rechnen zu wollen.

[7]) Bekker a. a. O. § 22.

[8]) a. a. O. S. 31.

[9]) Vgl. Hirsch a. a. O. bes. S. 20 ff. und S. 74.

[10]) Vgl. Ludewig S. 32, wo ausführliche Schrifttumsangaben zu finden sind, auf die verwiesen werden kann; s. dort Anm. 2.

[11]) a. a. O. insbes. S. 244 ff.

[12]) Schmidt a. a. O. S. 245.

sei, schließt Schmidt[13]) zunächst „a maiore ad minus“ aus der Uebertragbarkeit des Rechtes. Sie sagen: wenn man das Recht selbst übertragen könne, müsse man auch die Ausübung überlassen können. Diese Möglichkeit ergebe sich ferner daraus, daß das bürgerliche Gesetzbuch bei unübertragbaren Rechten die Ueberlaßbarkeit der Ausübung ausdrücklich anordnet (so § 1059 beim Nießbrauch). Schließlich gehe § 857 III ZPO davon allgemein aus, daß nicht nur übertragbare Rechte, sondern auch unübertragbare der Ausübung nach überlassen werden können.

Aus all diesen Gründen ergebe sich die Zulässigkeit der Ueberlassung der Rechtsausübung; es sei daher derjenige, dem die Ausübung überlassen wird, berechtigt, von dem Ausübungsrecht Dritten gegenüber Gebrauch zu machen. Während nun Ludewig die gerichtliche Geltendmachung ohne nähere Begründung zur Ausübung des Rechtes rechnet, legt Schmidt a. a. O. dar, daß die Rechtsordnung, wenn sie die Erlaubnis gebe, die Rechtsausübung einem anderen zu überlassen, auch „den Erfolg, der mit dem Gebrauch bezweckt wird, garantieren müsse“. Der bezweckte Erfolg sei, „daß der Empfänger die Forderung gerichtlich wie außergerichtlich geltend machen könne, und es müsse daher dem Ueberlassungsempfänger das Klagerecht zustehen“[14]).

Es kann also — immer nach der hier dargelegten Ansicht — nicht nur der Berechtigte, sondern auch der, dem die Ausübung des Rechts überlassen ist, Partei sein und kraft der Ueberlassung die Forderung einklagen.

II.

Kritische Stellungnahme.

Nach diesem kurzen Ueberblick über die vertretenen Ansichten wollen wir uns einer kritischen Betrachtung der dargelegten Rechtsgrundsätze zuwenden.

Es ist richtig, daß unser geltendes Recht ebenso wie das gemeine Recht den Begriff der Ausübung eines Rechtes kennt. Wir finden die verschiedensten Erscheinungen, bei denen Recht und Rechtsausübung voneinander getrennt sind. Es ist schon zu I darauf hingewiesen, daß beim Nießbrauch zwar das Recht des Nießbrauchs nach § 1059 1 BGB nicht übertragbar ist, dagegen die Ausübung des Nießbrauchs einem anderen überlassen werden kann (§ 1059 2 BGB). Auch sonst finden wir oft eine Unterscheidung zwischen dem Recht und dem „Verhalten des Berechtigten, welches dem Inhalt seines Rechtes entspricht“[15]). So macht § 552 BGB einen Unterschied zwischen Ausübung und Zustehen des Rechts. Es gibt zahl-

[13]) Im Anschluß an ihn auch Richter S. 777; Hirsch S. 306 f.; Ludewig S. 34; ebenso früher schon Zitelmann a. a. O. S. 18.
[14]) Schmidt a. a. O. S. 246.
[15]) von Tuhr a. a. O. S. 545.

reiche weitere Bestimmungen unserer Gesetze, aus denen sich die Unterscheidung zwischen Rechtsausübung und Recht ergibt. Diese ist heute auch allgemein anerkannt[16]). Es kann mir daher erspart bleiben, die einschlägigen Gesetzesbestimmungen hier aufzuzählen[17]).

Daß wir von dem Recht die Ausübung des Rechts unterscheiden müssen, entspricht auch den Gesetzen der Logik. Es ist begrifflich etwas Verschiedenes, ein Recht zu haben oder ein Recht auszuüben. Ich kann ebenso, wie ich eine Sache besitzen kann, ohne sie zu benutzen, ein Recht haben, ohne daß ich von ihm Gebrauch mache.

Auseinander gehen die Meinungen schon darüber, was unter Rechtsausübung zu verstehen ist. Ausübung des Rechts ist m. E. das Gebrauchmachen von dem, was dem Rechtsträger auf Grund des Rechtes zusteht. So besteht z. B. die Ausübung eines mir zustehenden Nießbrauchs darin, daß ich die Nutzungen ziehe, wozu das Nießbrauchsrecht mich berechtigt; beim Vertretungsrecht im Abschluß des Rechtsgeschäfts namens des Vertretenen; bei dem Recht des Pfandberechtigten in der Veräußerung der verpfändeten Sache; beim Forderungsrecht darin, daß ich die Forderung einziehe, d. h. in dem Verhalten, das darin liegt, daß ich von dem Schuldner die Leistung fordere.

Nicht zu verwechseln ist m. E. mit der Rechtsausübung der Begriff der Geltendmachung eines Rechts. Ludewig[18]) faßt die Geltendmachung des Rechts zwar als Ausübung auf; etwas vorsichtiger folgert Schmidt[19]) aus dem Grundsatz der Ueberlaßbarkeit der Rechtsausübung, daß auch der bezweckte Erfolg garantiert werden müsse; er scheint also die Geltendmachung des Rechts nicht zu dessen Ausübung zu rechnen.

Geltendmachung eines Rechts ist „die zur Erreichung eines rechtlichen Erfolges vorgebrachte Behauptung des Bestehens eines Rechtes“[20]). Es ist zuzugeben, daß Ausübung und Geltendmachung des Rechts oft zusammenfallen können; daraus darf man jedoch nicht den Schluß ziehen, daß diese beiden Begriffe das gleiche bedeuten oder der eine ein Unterbegriff des anderen ist. Geltendmachung eines Rechtes und Ausübung desselben brauchen nicht zusammenfallen. Ich mache mein Recht geltend, wenn ich auf Feststellung seines Bestehens klage; dann behaupte ich, daß es mir zusteht; ich übe es aber nicht aus, ich mache mit einer Feststellungsklage nicht Gebrauch von der mir auf Grund des Rechts zustehenden Macht[21]). Umgekehrt kann man auch ein Recht ausüben, ohne es geltend zu machen. Be-

---

[16]) Vgl. Bekker a. a. O.; Dernburg, Pr. PrR. I § 35; Enneccerus, K. Hellwig, Hirsch, a. a. O.; Krückmann a. a. O. insbes. S. 159; von Tuhr a. a. O.

[17]) Ich darf auf Ludewig a. a. O. S. 33, 2 verweisen, wo wir eine ausführliche Zusammenstellung finden.

[18]) a. a. O. S. 32.

[19]) a. a. O. S. 246.

[20]) von Tuhr a. a. O. S. 546; K. Hellwig a. a. O. § 171 III.

[21]) Ebenso von Tuhr a. a. O.

nutzt jemand eine ihm gehörende Sache, indem er tatsächlich auf sie einwirkt, so liegt darin zwar eine Ausübung des dem Eigentümer zustehenden Rechts: der Macht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren; der Eigentümer macht jedoch sein Eigentumsrecht nicht geltend: er behauptet nicht, daß ihm das Eigentumsrecht zustehe.

Beim Forderungsrecht werden außergerichtliche Geltendmachung und Ausübung des Rechts meist zusammenfallen; trotzdem sind sie voneinander verschieden. Wie wir gesehen haben, übe ich ein Forderungsrecht aus, indem ich die Forderung einziehe. Das Forderungsrecht hat „seine Substanz in dem ‚Sollen' des Schuldners: Ausübung des Forderungsrechts heißt insofern, ‚sich leisten lassen'" [22]). Die Ausübung des Forderungsrechts besteht also in der Entgegennahme der Leistung. Die Geltendmachung der Forderung liegt in der Behauptung, daß mir das Forderungsrecht zusteht, eine Behauptung, die den Zweck verfolgt, die Ausübung, nämlich die Entgegennahme der Leistung zu ermöglichen [23]).

Nachdem wir uns über den Begriff der Rechtsausübung klar geworden sind, kommen wir zu der weiteren Frage, ob es möglich ist, einem anderen die Ausübung des Rechts zu überlassen.

Es soll nicht bestritten werden, daß es Fälle gibt, in denen dies möglich ist [24]): so kann man jemandem die Möglichkeit, das Recht eines anderen auszuüben, dadurch verleihen, daß man ihn zu einem Geschäft, das sich als Ausübung des Rechts darstellt, bevollmächtigt. Dann kann dieser ein fremdes Recht, wenn auch in fremdem Namen, ausüben.

In § 1059 BGB ist die Ueberlaßbarkeit der Ausübung des Nießbrauchs, in § 1092 die der Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugegeben. In diesen Fällen beruht das Ausübungsrecht ebenso wie die Vertretungsmacht auf Parteivereinbarungen.

Demgegenüber steht eine Gruppe von Fällen, bei denen die Macht, ein fremdes Recht — wenn auch oft nur in begrenztem Umfang — auszuüben, auf gesetzlicher Bestimmung beruht. Es sind dies die Fälle, in denen wir [25]) von „Verwaltungsrechten" sprechen. Ein solches hat z. B. der Ehemann beim gesetzlichen Güterrecht und bei der Gütergemeinschaft: das eingebrachte Gut bleibt im Vermögen der Frau; der Mann hat jedoch in gewissen Grenzen das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht; ebenso gehört das Gesamtgut

---

[22]) Zitelmann a. a. O. S. 43 .

[23]) Ludewig a. a. O. Anm. 2 behauptet, daß die überwiegende Meinung die Geltendmachung des Rechts als Ausübung auffasse. Ich kann dem nicht zustimmen. Weder bei Krückmann a. a. O. S. 159, noch bei Zitelmann a. a. O. S. 43, die von Ludewig für seine Ansicht angeführt werden, konnte ich feststellen, daß sie dessen Meinung unterstützen.

[24]) Vgl. zum folgenden: Bekker a. a. O. § 23; Enneccerus § 68 I.

[25]) In Uebereinstimmung mit Enneccerus § 68 I 2a; Siber, Jher. Jahrb. 67 S. 81 ff.

beiden Ehegatten, der Mann hat das Verwaltungsrecht; und nicht anders ist es bei der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1373 ff., 1443, 1519 BGB).

Es gibt noch eine Reihe anderer Fälle, in denen auf Grund gesetzlicher Bestimmungen einem andern als dem Inhaber die Ausübung eines Rechts ganz oder teilweise überlassen ist. Ich denke dabei an den Konkursverwalter, den Testamentsvollstrecker und ähnliche Erscheinungen unseres Rechts[26]). Alle diese Fälle fallen unter den Begriff des Verwaltungsrechts. Wir werden unten zu III noch Gelegenheit haben, uns mit ihnen zu befassen.

Zunächst wollen wir einmal prüfen, inwieweit es möglich ist, in anderen als den im Gesetz vorgesehenen Fällen einem anderen die Ausübung eines Rechts zu überlassen, und ob diese Ueberlassung die Wirkung hat, daß der Ueberlassungsempfänger das Recht im eigenen Namen mit Wirkung gegen den Schuldner geltend machen kann.

Den Gedanken, daß es möglich ist, durch ein- oder zweiseitige Parteierklärung einem andern als dem Rechtsinhaber ein Recht zur Ausübung zu überlassen, und zwar auch dann, wenn es im Gesetz nicht gestattet ist, finde ich zuerst bei Zitelmann[27]). Dieser scheint die Ueberlassung der Rechtsausübung als Einwilligung in die dem Rechtsträger zustehende Ausübungshandlung aufzufassen[28]). Daß der Begriff der Einwilligung nicht ausreicht, um die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung zu begründen, haben wir bereits[29]) eingehend dargelegt. Insbesondere läßt sich mit der Einwilligung nicht erklären, inwiefern der Ermächtigte berechtigt sein soll, klagend gegen den Drittschuldner vorzugehen.

Ich kann aber auch die Ansicht Zitelmanns nicht dahin verstehen, daß die Ueberlassung der Ausübung eines Forderungsrechts gegen den Schuldner wirkt. Denn Zitelmann hat vorher[30]) ausgeführt, daß jeder Eingriff in ein fremdes Vermögen rechtswidrig sei und daher auch der Forderungsinhaber, wenn er von seinem Recht Gebrauch macht, rechtswidrig handele. Nach Zitelmanns Ansicht wird die Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Schuldners ausgeschlossen. Wie Zitelmann mit dieser Ansicht die Anschauung vereinbaren will, daß ein Forderungsinhaber deren Ausübung einem anderen mit Wirkung gegen den Schuldner überlassen kann, ist nicht einzusehen: denn wenn die Rechtmäßigkeit des Forderns einer Leistung nur daraus zu erklären ist, daß der Schuldner einwilligt, so bleibt das Handeln dessen, der nicht Forderungsinhaber ist und — sei es mit oder ohne dessen Einwilligung — das diesem zustehende Recht

---

[26]) § 6 KO: „Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch den Konkursverwalter ausgeübt."

[27]) a. a. O., insbes. S. 67 ff.

[28]) Vgl. auch Ludewig a. a. O. S. 3: „Eine die Widerrechtlichkeit ausschließende Erlaubnis."

[29]) Siehe oben § 8 dieser Abhandlung.

[30]) a. a. O. S. 43 ff.

geltend macht, immer rechtswidrig, wenn nicht der Drittschuldner der Handlung desjenigen, dem die Forderung zur Ausübung überlassen ist, zustimmt. Ich kann daher Zitelmann, wenn er die Möglichkeit der Ueberlassung der Ausübung eines Rechts bejaht, nur so verstehen: dem Forderungsinhaber gegenüber ist die Handlung des Ausübungsberechtigten auf Grund der Einwilligung = Ueberlassung der Rechtsausübung nicht rechtswidrig; ob der Schuldner zu leisten verpflichtet ist oder nicht, ist eine andere Frage, die hiermit nicht zu erklären ist. Ist Zitelmann so zu verstehen, dann brauchen wir nicht den Grundsatz der Ueberlassung der Rechtsausübung heranziehen. Es genügen dann die Vorschriften über die Einwilligung.

Zitelmann a. a. O. und im Anschluß an ihn Schmidt[31]) und Ludewig[32]) begründen die Zulässigkeit der Ueberlassung des Ausübungsrechts wie folgt: es müsse zulässig sein, daß der Berechtigte einem anderen das Ausübungsrecht überläßt und selbst Inhaber der Forderung bleibt, da es möglich ist, die Forderung ganz zu übertragen. Dieser Begründung kann m. E. nicht zugestimmt werden. Der Schluß, daß eine Rechtsordnung, die die Uebertragung eines Rechts gestattet, es auch zulassen müsse, daß etwas Geringeres übertragen werde, ist nicht zwingend. Man kann nicht daraus, daß die Rechtsordnung eine bestimmte Uebertragungsform gestattet, auf die Zulässigkeit einer anderen schließen, zumal unser Gesetz eine Form gibt, unter der die Ueberlassung eines Ausübungsrechts möglich ist, die Form der Vollmacht. Unsere Rechtsordnung gestattet ausdrücklich nur die Ueberlassung der Rechtsausübung, wenn das Recht im Namen des Rechtsträgers ausgeübt wird. Mit der Vertretungsmacht hat die Ueberlassung der Rechtsausübung mit der Wirkung, daß der Empfänger das Recht im eigenen Namen ausüben darf, nur das gemeinsam, daß in beiden Fällen im fremden Interesse gehandelt wird.

Aus dieser Erwägung heraus ist Richter[33]) zu dem Schluß gekommen, daß in den Fällen, in denen einem anderen ein Recht zur Ausübung im eigenen Namen überlassen wird, es sich um eine „mittelbare Stellvertretung" handelt. Wir haben bereits oben[34]) ausgeführt, daß unser Recht im Gegensatz zum römischen diese nur in ganz seltenen Fällen kennt, so z. B. beim Kommissionär gemäß § 392 II BGB. Daraus können wir niemals den Grundsatz herleiten, daß die mittelbare Stellvertretung in unserem geltenden Recht allgemein zugelassen sei. Wird jemand im eigenen Namen, aber in fremdem Interesse tätig, so treten die Wirkungen dieses Handelns lediglich bei dem Handelnden ein. Er wird aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet, nicht aber der, in dessen Interesse er handelt. Wenn man die Ermächtigung als mittelbare Stellvertretung auffassen und diese in anderen als den vom Gesetz geregelten Fällen zulassen will, dann

---

[31]) Schmidt a. a. O. S. 245.
[32]) a. a. O. S. 34.
[33]) a. a. O. S. 778.
[34]) § 2 dieser Abhandlung.

treten die Wirkungen der Leistung beim Ermächtigten ein. Das Handeln auf Grund mittelbarer Stellvertretung bedeutet keinen Eingriff in den Rechtskreis des Ermächtigenden: Der Ermächtigte wäre gebunden, nicht aber der Ermächtigende[35]). Bei der Einziehungsermächtigung soll aber der Ermächtigende gebunden sein[36]).

Durch das Handeln kraft indirekter Stellvertretung kann lediglich ein Verpflichtungsgeschäft begründet werden; es steht in dem Ermessen des Schuldners, sich mit dem indirekten Stellvertreter einzulassen. Eine Verpflichtung zur Leistung an diesen besteht nicht.

Auch daraus, daß das Gesetz nur bei unübertragbaren Rechten die Ueberlaßbarkeit zur Ausübung gestattet, kann nicht der Schluß gezogen werden, die Rechtsordnung gehe davon aus, daß bei übertragbaren Rechten die Ueberlassung möglich sei[37]). Das Gesetz ermöglicht die Ausübungsüberlassung bei unübertragbaren Rechten deshalb, weil die Rechte selbst nicht übertragbar sind, um damit wenigstens die Möglichkeit zu geben, das Recht durch einen anderen ausüben zu lassen; eine Möglichkeit, die bei übertragbaren Rechten dadurch gegeben ist, daß das Recht übertragen werden kann. Aus diesem Gedankengang heraus kann auch aus der Vorschrift des § 857 III ZPO[38]) nicht der Schuß gezogen werden, daß das Recht allgemein davon ausgehe, daß jedes Recht der Ausübung nach überlaßbar sei. Nach § 857 III ZPO ist ein unveräußerliches Recht der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann. Diese Vorschrift will nur die Möglichkeit geben, unveräußerliche bezw. unübertragbare Rechte einer zwangsweisen Verwertung zu unterziehen. Unser Recht zeigt folgende Grundsätze: Rechte können übertragen werden, soweit nicht ausdrückliche Regelung entgegensteht; unübertragbare Rechte können (mit Ausnahmen) der Ausübung nach überlassen werden. Uebertragbare Rechte können gepfändet werden, unübertragbare soweit, als die Ausübung überlassen werden kann.

Es ist auch der Versuch gemacht worden, aus der Möglichkeit, einen Nießbrauch, eine Dienstbarkeit zu bestellen, also die Nutzungsbefugnis vom Eigentum loszulösen und einem anderen zu übertragen, zu folgern, daß eine Ueberlassung des Ausübungsrechts stets möglich sei. Die Nießbrauchsbestellung wird als teilweise Ueberlassung der Ausübung eines einem anderen zustehenden Rechts — des Eigentums — aufgefaßt. Das ist nicht richtig: der Nießbraucher übt ein eigenes, nicht ein fremdes Recht aus — ebenso wie Pfand- und Pfändungsgläubiger[39]) [40]).

---

[35]) Vgl. Ludewig a. a. O. § 14, bes. S. 58.
[36]) Vgl. Ludewig a. a. O. S. 76.
[37]) Dies tut Ludewig a. a. O.
[38]) Die außer Ludewig auch Richter a. a. O. S. 777; Hirsch a. a. O. S. 306 f. und Schmidt a. a. O. S. 245 zur Begründung heranziehen.
[39]) Siehe oben § 9 dieser Abhandlung.
[40]) Vgl. Leonhard Schuldrecht § 345 und Krückmann a. a. O. S. 163 ff. sowie S. 176 f.

Wir kommen aus einem anderen Grund dazu, die Ueberlassung der Ausübung eines Rechts an einen anderen für wirksam zu halten. Aber wir können uns nicht den im vorstehenden wiedergegebenen Gründen anschließen. Ein ausführliches Eingehen auf diese war erforderlich, weil sich die Wirkungen der Ausübungsüberlassung nach ihrer rechtlichen Konstruktion richten und nach diesen nur geprüft werden kann, ob sich die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung auf den Grundsatz der Ueberlassung der Rechtsausübung stützen läßt.

Gemäß § 362 Abs. 2 BGB ist es möglich, eine geschuldete Leistung auch an einen Dritten mit Wirksamkeit gegen den Gläubiger zu bewirken, wenn dieser zugestimmt hat[41]). Daraus läßt sich der Grundsatz ableiten: es ist möglich, jemandem die Ausübung einer Forderung durch Entgegennahme der Leistung zu gestatten. Dabei müssen wir uns jedoch immer vor Augen halten — worauf besonders Löbl[42]) hingewiesen hat —, daß diese Ueberlassung der Rechtsausübung rechtlich „nur als eine die Widerrechtlichkeit ausschließende Gestattung des Berechtigten zu einer Handlung, die sich ohne diese Gestattung als Eingriff in sein Recht darstellen würde", aufzufassen ist. Mit anderen Worten: Derjenige, der einem anderen eine Forderung zur Ausübung, d. h. zur Einziehung überläßt, kann sich, wenn der Drittschuldner an den Ueberlassungsempfänger leistet, nicht darauf berufen, daß er Inhaber des Forderungsrechts ist und an ihn geleistet werden müsse. Er kann daher von dem Drittschuldner die Leistung nicht noch einmal fordern. Fassen wir die Ueberlassung der Rechtsausübung in diesem Sinne auf, so liegt darin nur eine Weiterbildung des Grundgedankens des § 409 BGB. Dieser läßt eine Leistung an einen Zessionar auch bei unwirksamer Abtretung gültig sein, wenn der Zedent die Abtretung dem Drittschuldner angezeigt hat. Auch hier handelt es sich um eine Handlungsweise des Rechtsinhabers, die dem Verhalten, das im § 409 BGB vorausgesetzt wird, ähnlich ist. Bei dieser Auffassung der Ausübungsüberlassung kann diese jedoch nicht die Verpflichtung des Drittschuldners an den Ueberlassungsempfänger zu leisten, begründen. Es ist daher Oertmann[43]) zuzustimmen, daß sich aus dem von Ludewig und Enneccerus aufgestellten Begriff der Ermächtigung „ein über die Einwilligung hinausgehender Begriff" nicht bilden lasse.

Jacobi[44]) will die Ueberlassung der Ausübungsbefugnis mit einem Analogieschluß aus der Regelung des Besitzes, der die Ueberlassung der Sache ist, ermöglichen. Aber Rechtsbesitz gibt es nicht. Und beim Besitz haben wir eine ausdrückliche Regelung; die Besitzklagen entspringen positiver Gesetzesbestimmung.

Keinesfalls kann der Grundsatz der Ueberlassung der Rechtsausübung auf das Prozeßrecht ausgedehnt werden; es kann durch

---

[41]) Vgl. Planck zu § 398 a. a. O.
[42]) a. a. O. S. 280 ff.
[43]) § 185 Anm. 3.
[44]) Wertpapiere S. 63.

die Ueberlassung das Recht zur gerichtlichen Geltendmachung des überlassenen Rechtes nicht begründet werden. Wir haben schon oben dargelegt, daß Geltendmachung des Rechts und dessen Ausübung voneinander zu trennen sind. Schon aus diesem Grund fällt die Prozeßführung über das Recht eines anderen im eigenen Namen nicht unter den Begriff der Rechtsausübung.

Schmidt a. a. O. will daraus, daß die Rechtsordnung es gestattet, einem anderen ein Recht zur Ausübung zu überlassen, folgern, daß das Recht es dann auch ermöglichen müsse, die überlassene Befugnis im Prozeßwege durchzusetzen. Dieser Schluß ist falsch. Bei der Behandlung der Begründungsversuche, die mit Hilfe des Gedankens der Einwilligung und des § 185 BGB gemacht worden sind, haben wir ausführlich dargelegt, daß sich diese Vorschriften auf das Prozeßrecht nicht erstrecken lassen, daß also durch Zustimmung jemandem das Prozeßführungsrecht nicht gegeben werden kann[45]). Grundsätzlich ist nach unserem Recht Partei nur der, dem der Anspruch zusteht. Nur in einzelnen bestimmten Fällen hat das Gesetz jemandem die Ausübung und oft auch die gerichtliche Geltendmachung eines fremden Rechts gestattet: in den Fällen des Verwaltungsrechts. Aus diesen will man nun den Schluß ziehen, daß unser Recht nicht davon ausgehe, daß nur der Berechtigte Partei sein könne. Sie bedürfen einer besonderen Betrachtung.

III.

Die Ueberlassung der Ausübung des Verwaltungsrechts.

(Einziehungsrecht des Konkursverwalters, Ehemanns usw.).

Für einen bestimmten Kreis von Fällen hat sich in unserer Rechtssprache der Ausdruck „Verwaltungsrecht" eingebürgert. Unter Verwaltungsrecht versteht Ludewig[46]) „das jemandem zustehende Recht, auf sein eigenes oder fremdes Vermögen einzuwirken, und zwar sowohl in rechtsgeschäftlicher Hinsicht, als auch durch prozessuale Handlungen". Im Gegensatz dazu will K. Hellwig[47]) unter Verwaltungsrecht nur die Rechte verstehen, die „dem Berechtigten das Recht geben, das Vermögen *eines anderen* zu verwalten". Es ist für unsere Untersuchung bedeutungslos, ob man unter Verwaltungsrecht nur die Fälle verstehen will, in denen man ein fremdes Vermögen verwaltet, oder ob man dem Rechtsträger selbst auch ein solches Verwaltungsrecht zugestehen will.

Man wird Ludewig zustimmen müssen, daß es auch ein Verwaltungsrecht am eigenen Vermögen gibt. § 6 KO sagt, daß der Gemeinschuldner mit der Eröffnung des Konkurses die Befugnis ver-

---

[45]) So auch K. Hellwig, Lehrbuch 1 § 56 I.
[46]) a. a. O. S. 36.
[47]) Lehrbuch I § 32 I 4.

liert, sein Vermögen zu verwalten, und daß dieses Verwaltungsrecht durch den Konkursverwalter ausgeübt wird. Daraus geht hervor, daß dem Rechtsträger ein Verwaltungsrecht zusteht.

Für uns von Bedeutung ist das Verwaltungsrecht am fremden Vermögen[48]). Ein solches steht einmal zu dem Vormund (§ 1794 BGB), sodann dem Pfleger, insbesondere dem Nachlaßpfleger (§ 1960) BGB) und dem Nachlaßverwalter (§ 1975 BGB). Wie wir gesehen haben, hat auch der Konkursverwalter (§ 6 KO) ein Verwaltungsrecht. Außerdem sind hier zu nennen: der Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB) und der elterliche Gewalthaber (§ 1627 BGB). Eine zweite Gruppe von Fällen haben wir bereits oben genannt[49]). Es sind dies die Fälle, in denen dem Mann ein Verwaltungsrecht am eingebrachten Gut der Frau bezw. am Gesamtgut zusteht.

Was Inhalt dieses Verwaltungsrechts ist, ist im Gesetz nicht einheitlich geregelt. Meistens bestimmt das Gesetz nur das, was derjenige, dem das Verwaltungsrecht zusteht, nicht bezw. nur mit Genehmigung eines anderen, z. B. des Vormundschaftsgerichts, tun darf[50]). Siber bezeichnet als Verwaltungshandlung: „jedes tatsächliche oder rechtliche Gebahren mit dem verwalteten Vermögen, das nach typischer Beschaffenheit dazu bestimmt ist, dieses zu erhalten, zu vermehren oder der seinem Zweck entsprechende Verwendung zuzuführen“[51]). Damit fällt unter den Begriff des Verwaltungsrechts die Befugnis, sowohl Verpflichtungsgeschäfte wie auch Verfügungen vorzunehmen und Prozesse zu führen[52]).

Uns interessieren zunächst die Fälle, in denen es sich um die Einziehung einer Forderung handelt. Eine Forderung des verwalteten Vermögens dürfen, ohne daß eine Zustimmung erforderlich ist, einziehen: der Vormund (§ 1813 BGB), der Vater (§ 1643 BGB), der Nachlaßpfleger oder -verwalter (§§ 1960, 1975 BGB), der Testamentsvollstrecker (§ 2205, 2 u. 3 BGB) und der Konkursverwalter (§ 6 KO). Dagegen bedarf der Vormund zur Einziehung einer Mündelforderung in der Regel der Zustimmung des Gegenvormunds (§ 1812 BGB) und der Ehemann zur Einziehung einer eingebrachten Forderung der Zustimmung der Ehefrau (§ 1375 BGB).

Die Frage, ob der Verwalter eines fremden Vermögens Prozesse im eigenen oder fremden Namen zu führen hat, ist im Gesetz nicht überall geregelt. Der Ehemann kann nach §§ 1380, 1443 I BGB Forderungen des eingebrachten bezw. Gesamtgutes im eigenen Namen gerichtlich geltend machen. Sehr umstritten ist dagegen die Frage, ob Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker im eigenen oder fremden Namen aufzutreten haben. Es soll hier auf die verschiedenen Theorien, deren allgemeine Kenntnis vorausgesetzt werden darf, nicht

---

[48]) Vgl. zum folgenden Siber, Jher. Jahrb. 67 S. 81 ff.
[49]) Siehe S. 72 f.
[50]) Siber a. a. O. S. 121.
[51]) Derselbe S. 107.
[52]) Ludewig a. a. O. S. 136 f.; Siber a. a. O. S. 107 f.

eingegangen werden. Die heute wohl herrschende Auffassung faßt diese Verwalter als „Partei kraft Amtes" auf, womit zum Ausdruck gebracht ist, daß sie Partei sind, also im eigenen Namen den Rechtsstreit zu führen haben. Es ist auch nicht erforderlich, daß wir zu den einzelnen Fragen, die bezüglich deren Rechtsstellung aufgeworfen sind, Stellung nehmen [53]). Für unsere Untersuchung haben diese Erscheinungen nur dann Bedeutung, wenn sie im eigenen Namen handeln können: es handelt sich hier um die Frage, ob es zulässig ist, jemandem das Einziehungs- bezw. Klagerecht im eigenen Namen zu verschaffen. Wir können daher für unsere Untersuchung unterstellen, daß Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker usw. im eigenen Namen handeln können.

Im Anschluß hieran müssen wir die Frage aufwerfen, was aus diesem Verwaltungsrecht am fremden Vermögen hergeleitet werden soll. Ludewig scheint aus den Fällen des Verwaltungsrechts nicht eine Begründung für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung konstruieren zu wollen, sondern nur eine Einschränkung des von ihm aufgestellten Begriffes der Ermächtigung auf die Geschäfte, die unter den Begriff des Verwaltungsrechts fallen, zu machen. Anders dagegen Richter [54]). Er wirft die Frage auf, ob nach geltendem Recht nur dem Inhaber des materiellen Rechts das Klagerecht zukomme, ob nur derjenige, der Inhaber des Rechts ist, Partei im Prozesse sei, ein Recht im eigennen Namen geltend machen könne. Aus den oben genannten Fällen des Verwaltungsrechts an einem fremden Vermögen, in denen der Verwalter im eigenen Namen tätig wird, will er den Schluß ziehen, daß unser Recht allgemein zulasse, daß jemand, dem das Verwaltungsrecht übertragen sei, auch dann, wenn die Uebertragung durch Parteivereinbarung geschehen ist, im eigenen Namen vorgehen könne. Dieser Schluß ist m. E. nicht richtig. Der Inhaber eines solchen Verwaltungsrechts macht nicht das fremde Recht geltend; er macht ein eigenes Recht geltend, das ihm vom Gesetz übertragen worden ist. „Das Verwaltungsrecht ist der Grund, weshalb er das Recht des Dritten geltend machen kann" [55]). Die Rechtsordnung hat hier ein besonderes Recht geschaffen, ein Recht, das zum Inhalt die Verwaltungsbefugnis hat. Aber dieses Recht ist nur für bestimmte Fälle geschaffen; für bestimmte Fälle, in denen ein besonderes Interesse, sei es des zur Verwaltung Berechtigten oder sei es des eigentlichen Rechtsinhabers, besteht. Es ist unmöglich, aus diesen Fällen, für die sich auch die Bezeichnung „Prozeßstandschaft" eingebürgert hat [56]), zu schließen, daß das geltende Recht davon ausgehe, daß einem anderen auf Grund willkürlicher Parteivereinbarung in jedem Fall Sachlegitimation verschafft werden kann. Dies ist auch dann nicht

[53]) Vgl. hierüber Jäger zu § 6 KO.
[54]) a. a. O. S. 776 f.
[55]) K. Hellwig, Lehrbuch I S. 322 IV.
[56]) Vgl. H. Hellwig a. a. O. S. 624; K. Hellwig a. a. O.; Stein-Jonas vor § 50 I 2; von Tuhr, Lehrbuch II 2 S. 204.

möglich, wenn ein besonderes Interesse an der Geltendmachung des fremden Rechts im eigenen Namen besteht. Sehr richtig sagt H. Hellwig a. a. O.: „Es würde unmöglich sein und jedenfalls zu weit führen, den Prozeß mit Aufgaben beschweren, deren Erledigung mit seinem eigentlichen Zweck nichts zu tun hat, wenn zunächst nachgeprüft werden sollte, inwieweit die Ueberlassung der Prozeßführung vom Gegner als berechtigt anzuerkennen wäre." In den genannten Fällen des Verwaltungsrechts handelt es sich um solche, die von besonderen praktischen Bedürfnissen ausgehen. Man kann und muß daher m. E. daraus, daß das Recht solche Rechtsstellungen schafft, den entgegengesetzten Schluß ziehen: daß es die Regel ist, daß nur der Inhaber des Rechts Partei sein kann — mit Ausnahme der Fälle, in denen das Gesetz es anders regelt. Die Sachlegitimation = Klagebefugnis ist eine Funktion des Rechts selbst, die durch das Gesetz geschaffenen Fälle der Prozeßstandschaft können nicht durch Parteivereinbarung erweitert werden.

Man wird mir entgegenhalten, daß auch für die Zulassung der Einziehungsermächtigung praktische Bedürfnisse bestehen können; aber — abgesehen davon, daß, wie wir sehen werden [57]), dies für die Zulassung der Einziehungsermächtigung nicht zutrifft — selbst wenn solche praktischen Bedürfnisse vorliegen, kann eine gesetzliche Regel nicht willkürlich durchbrochen werden [58]).

IV.

Zusammenfassung.

Aus den Erörterungen, die wir einerseits über den Begriff der Ausübung eines Rechts, deren Ueberlaßbarkeit, sowie die Ausübung des Verwaltungsrechts und die damit verbundenen Fragen angestellt haben, ergibt sich, daß auch diese Erscheinungen für die Zulässigkeit einer Ermächtigung zur Einziehung einer Forderung keine Stütze bieten. Denn einerseits gehört nicht zur Ausübung eines Rechts die — sowohl gerichtliche wie außergerichtliche — Geltendmachung, so daß Ueberlassung des Ausübungsrechts dem Ueberlassungsempfänger nicht das Recht gewährt, gerichtlich gegen den Schuldner vorzugehen. Anderseits besteht diese Möglichkeit auch deshalb nicht, weil die Ueberlassung des Ausübungsrechts sich nur darstellen kann als Einwilligung zu einem Eingriff in den Rechtsstreit des Rechtsinhabers, die den Schuldner zu nichts verpflichtet, sondern nur zur Leistung berechtigen kann.

---

[57]) Vgl. § 12 und das 3. Kapitel dieser Abhandlung.

[58]) So wie hier insbes. K. Hellwig, Lehrbuch § 49 IV; Förster-Kann vor § 50 Anm. 2; Kisch a. a. O. S. 32 Anm. 26; Leonhard, Schuldrecht § 345; Planck a. a. O.; Schöninger a. a. O. S. 183; Stein-Jonas vor § 50 I 2; Wienstein, Gruch. 48 S. 487; teilweise auch Schmidt a. a. O.; a. M. Richter und Ludewig a. a. O.; vgl. auch Siber a. a. O.; RGZ 57 S. 90: „Die Befugnis im eigenen Namen für fremde Rechnung zu klagen, setzt eine gesetzliche Vorschrift voraus."

Der Begriff des Verwaltungsrechts kann uns deshalb keine Stütze liefern, weil es sich hier nur um Fälle handelt, in denen das Gesetz ein besonderes Recht geschaffen hat; ein besonderes Recht, das durch Parteivereinbarung nicht geschaffen werden kann, und das anderseits mit der Ermächtigung zur Einziehung deshalb nicht verglichen werden kann, weil es sich bei der Ermächtigung nicht um die Ausübung eines eigenen Rechts, sondern einer fremden Befugnis handelt.

§ 11.

Die Zulässigkeit der Spaltung der Forderung, insbesondere im Löbl'schen Sinn.

Man hat — ebenso wie bei der Abtretung zur Einziehung — die Ermächtigung zur Einziehung dadurch zu erklären versucht, daß man eine Spaltung in formelles und materielles Eigentum an der Forderung angenommen hat. Auf diese Versuche brauche ich nicht mehr einzugehen, wir haben schon oben [1]) gesehen, daß eine solche Spaltung nach geltendem Recht unzulässig ist.

Einer besonderen Beachtung bedarf jedoch der Versuch, den neuerdings Löbl in seiner Schrift über „Die Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen“ [2]) gemacht hat, um die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung zu begründen.

I.

Löbl's Ansicht.

Löbl ist zunächst, ebenso wie wir — wenn auch teilweise aus anderen Gründen — zu dem Ergebnis gekommen, daß sich mit den bisherigen Versuchen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung insbesondere insoweit nicht begründen lasse, als diese Wirkung gegen den Schuldner haben und zur Klage gegen diesen berechtigen soll. Er kommt dazu auf einem andern Weg: er versucht aus den Grundgedanken unserer Rechtsordnung logisch zu entwickeln, daß im modernen Recht das obligatorische Recht aus zwei Normen besteht: „Die eine Norm statuiert die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung und schafft durch Abhängigmachung dieser Verpflichtung des Schuldners vom Willen des Gläubigers die Rechtsstellung des letzteren gegenüber dem Schuldner; aus dem Bestande dieser ersten Norm ergibt sich die zweite, welche jedermann verpflichtet, die Verfügung des Gläubigers über die erste Norm nicht zu stören, indem er sich diese Verfügung, d. h. die Gläubigerstellung anmaßt oder eine Handlung setzt, die Ausübung des Gläubigerrechts aus der ersten Norm ist“ [3]).

---

[1]) Siehe § 2 III dieser Abhandlung.
[2]) Ziv. Arch. 129 S. 252 ff. und 130 S. 1 ff.
[3]) a. a. O. S. 298 f.

Er unterscheidet also zwei Normen: übt jemand das Forderungsrecht aus, d. h. zieht oder klagt er die Forderung ein, so betätigt er die erste Norm. In der Uebertragung der Forderung durch Abtretung sieht Löbl die Betätigung der Rechtsstellung, die dem Gläubiger aus beiden Normen zukommt, eine Betätigung, die im Gesetz geregelt ist. Nicht im Widerspruch damit steht nach Löbl's Ansicht, daß der Gläubiger von seiner Verfügungsmacht „nur einen beschränkten Gebrauch macht, indem er lediglich die Verfügung über die erste, den Schuldner verpflichtende Norm dem anderen überträgt und die Verfügung über die gegen jedermann wirksame Norm weiter behält“ [4]). Löbl geht von dem Begriff der „Rechtszuständigkeit“ aus, also von der Frage, die es „damit zu tun hat, wem das in seinem Bestande festgestellte Recht zusteht“ [5]). Die Zuständigkeit zu einer bestimmten Person soll es sein, die das subjektive Recht vom objektiven unterscheidet: subjektives Recht ist die zu einer bestimmten Person zuständig gedachte objektive Rechtsnorm [6]). Wenn daher einer Person ein bestimmtes subjektives Recht zusteht, so kann es anderen Personen nicht zustehen. Daraus folgert Löbl, daß jedes subjektive Recht absolute Natur habe, er leugnet also insofern den Unterschied zwischen absolutem und relativem Recht und sieht den Unterschied zwischen dinglichem und obligatorischem Recht nur darin, daß bei diesem „die Ausschlußwirkung der Rechtszuständigkeit, die die Verpflichtung jedes Dritten begründet, sich nicht als Rechtsträger zu gerieren, nicht mit den den Rechtsinhalt bildenden Pflichten zusammenfällt“ [7]). Das obligatorische Recht, das berechtigt, eine Leistung von einer bestimmten Person zu verlangen, ist insofern absolut, als seine Zuständigkeit zu einem bestimmten Gläubiger ausschließt, daß andere Personen es sich anmaßen; es wirkt insofern auch gegen Dritte.

Diese Wirkung des obligatorischen Rechts liegt nun nicht in seinem Inhalt. Denn es normiert lediglich die Pflicht des Schuldners an den fordernden Gläubiger zu leisten. Wenn man das subjektive Recht als „von der Rechtsordnung dem Berechtigten verliehenes rechtliches Können“ [8]) betrachtet, so beruht die Tatsache, daß Dritte nicht in das obligatorische Recht eingreifen dürfen, nicht darauf, daß es ihnen durch die Natur des Rechtes als absolutem verboten ist, sondern darauf, daß sie es nicht können.

Daher kommt Löbl zu dem Ergebnis, daß man das subjektive Recht heute nicht mehr in diesem Sinn auffassen könne. Denn wenn, so meint er, die Rechtsordnung einem Dritten die Möglichkeit verleiht, wirksam ein fremdes Recht als ihm zustehend in Anspruch zu nehmen, d. h. solche Handlungen wirksam zu setzen, die nur dem Berechtigten zustehen, so sind dadurch Dritte in der Lage, das subjektive Recht an-

---

[4]) a. a. O. S. 301.
[5]) Vgl. Löbl. S. 292; s. dort weiteres Schrifttum.
[6]) Löbl. a. a. O. S. 293.
[7]) Derselbe S. 297.
[8]) Vgl. Enneccerus § 65; s. dort ausführliche Schrifttumsangaben.

zugreifen. Die Möglichkeit, ein fremdes Forderungsrecht für sich in Anspruch zu nehmen, habe unsere Rechtsordnung gegeben, indem sie anordne, daß ein gutgläubiger Schuldner, der trotz erfolgter Zession bei deren Nichtkenntnis an den früheren Gläubiger leistet, von seiner Schuld befreit ist. Wenn nun das Wesen des subjektiven Rechts darin besteht, daß es andere von diesem Recht ausschließt, so müsse eine Unterlassungspflicht Dritter bestehen und daher beim obligatorischen Recht „neben der seinen Inhalt bildenden, den Schuldner verpflichtenden Norm, noch eine zweite gedacht werden, die jedermann verpflichtet, sich der allein dem Gläubiger zukommenden Verfügung über die erste Norm zu enthalten“ [9]).

Löbl legt weiter dar: Aus dem Wesen des subjektiven Rechts folge nicht, daß der Berechtigte seine Stellung einem Dritten übertragen darf. Unser Recht habe dies aber ausdrücklich geregelt, indem es bestimme, daß durch Rechtsgeschäft die Forderung übertragen, d. h. einem anderen in dem Sinn zuständig gedacht werden kann, daß diesem beide Normen zustehen. Wenn wir aber das obligatorische Recht in zwei voneinander ganz verschiedene Normen spalten können, zwei insofern voneinander ganz verschiedene Normen, als sie sowohl in der Person des Verpflichteten, als auch ihrem Inhalt nach auseinandergehen, so könne vom Standpunkt des geltenden Rechts aus keine Bedenken dagegen bestehen, daß nur die aus einer Norm entspringende Rechtsstellung übertragen werden, d. h. über die eine den Schuldner verpflichtende Norm verfügt werden kann [10]).

II.

Kritik.

Die Spaltung des obligatorischen Rechts in zwei Normen steht mit den bisher vertretenen Anschauungen von dem Wesen des obligatorischen Rechts in Widerspruch. Man hat dies bisher in der Beziehung des Gläubigers zum Schuldner gesehen. Von diesem Gesichtspunkt aus ist die Auffassung Löbl's ohne weiteres zu verwerfen. Wir wollen in folgenden jedoch auf das Wesen des obligatorischen Rechts kurz eingehen, um zu sehen, daß die Auffassung Löbl's eine künstliche Konstruktion ist, die in keiner Weise gerechtfertigt erscheint.

Das Wesen des subjektiven Rechts ist von jeher sehr umstritten [11]). Wir unterstellen die Auffassung von dem subjektiven Recht als einer

---

[9]) Löbl a. a. O. S. 296.

[10]) Eine ähnliche Ansicht finden wir bei Jacobi § 24 S. 61 ff., der zwischen der Frage nach dem Eigentum an der Forderung und der, wem das Recht dem Schuldner gegenüber zustehe, unterscheidet. Eine Auseinandersetzung mit diesem finden wir unten § 16. Im übrigen sind seine Ausführungen interessant, weil er verschiedene Begründungsversuche (§ 185, Verpfändung, Spaltung, Ausübungsüberlassung u. a.) zu verwerten sucht.

[11]) Wir können auf die ausführlichen Ausführungen von Enneccerus § 65 ff., sowie von Leonhard, Schuldrecht § 24 S. 60 ff. verweisen.

zu einer bestimmten Person zuständig gedachten Rechtsnorm. Auch dann kann das Bestehen von zwei Normen, sowie die Möglichkeit der Uebertragung nur einer Norm nicht erklärt werden.

Die Norm, daß jedermann verpflichtet sei, sich einer Einwirkung auf die dem Gläubiger durch die erste Norm verliehenen Rechtsmacht zu enthalten, gibt es nicht[12]). Das Forderungsrecht ist seinem Wesen nach ein Recht, das sich nur gegen den Schuldner richtet. Es hat keine Wirkung gegenüber jedermann, es ist relativ. Der Inhalt des Forderungsrechts ist nur der, daß der Dritte dem fordernden Gläubiger zu leisten verpflichtet ist. Es besteht beim Forderungsrecht keine „allgemeine Pflicht aller Menschen, nicht störend in die Rechtsherrschaft des Berechtigten einzugreifen“[13]). Daß ein Forderungsrecht nur von dem Verpflichteten verletzt werden kann, ergibt sich schon aus folgendem Beispiel: verpflichtet sich jemand, einem anderen eine bestimmte Sache, die einem Dritten gehört, zu übertragen, so müßte, wenn das Forderungsrecht Wirkung gegen Dritte erzeugen sollte, dadurch der Eigentümer der Sache verpflichtet werden, eine Einwirkung auf die zwar ihm gehörende, aber von einem andern geschuldete Sache zu unterlassen. Daß aber der Eigentümer keine Rechtsverletzung begeht, wenn er diese Sache zerstört oder veräußert und dadurch in das Schuldverhältnis eingreift, ist doch wohl selbstverständlich[14]).

Nun sagt Löbl: Es gibt Fälle, durch die jemand über eine fremde Forderung verfügen kann, indem er sie einzieht: z. B. wenn der Zedent nach der Abtretung von dem die Abtretung nicht kennenden Schuldner die Leistung annimmt. Dann wirkt die Leistung gegen den Gläubiger, der Inhaber der Forderung ist[15]). Man kann also sagen, daß durch eine solche Verfügung das Forderungsrecht des Gläubigers verletzt wird. Das ändert aber nichts an der Natur des Forderungsrechts als relativem. Im allgemeinen liegt in der Verfügung über eine fremde Forderung keine Verletzung des Gläubigerrechts. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner wird nicht berührt[16]). Wenn das Gesetz in bestimmten Fällen aus praktischen Erwägungen heraus die Möglichkeit gibt, wirksam in ein obligatorisches Recht eines anderen einzugreifen, so kann daraus nicht die Schlußfolgerung gezogen werden, daß es eine Norm geben müsse, die dies im allgemeinen verbiete. Es ist vielmehr dabei zu bleiben, daß ein Dritter das Forderungsrecht nicht verletzen kann.

Das dingliche Recht ist allwirksam. Es erzeugt gegen alle, die sich mit ihm in Widerspruch setzen, einen Anspruch. Das Forderungsrecht kann zwar mehrwirksam sein, aber es ist niemals allwirk-

---

[12]) Lehmann a. a. O. Anm. 28 zu § 80 IV 2.
[13]) Enneccerus § 74, 1.
[14]) Dieses treffende Beispiel bringen Enneccerus § 74 Anm. 3; Thon, Rechtsnormen S. 210; von Tuhr § 11, II 1 S. 209.
[15]) Weitere Fälle s. bei Enneccerus § 225 I 1a.
[16]) Vgl. von Tuhr, Lehrbuch § 11 II.

sam. Und dann sind es Ausnahmen, besonders geregelte Fälle[17]). v. Tuhr[18]) spricht in diesen Fällen von einer der Duplizität der Rechtssubjekte ähnlichen Erscheinung.

Aus unserem Recht ist ein Satz, der die zwiefache Natur des Forderungsrechtes anerkennt, nicht zu entnehmen. Auch Löbl hat einen solchen Satz nicht nachweisen können.

Selbst wenn man die Möglichkeit zugibt, daß zwei Rechtssätze, wie die von Löbl aufgestellten rein begrifflich denkbar sind, so ist es doch nicht vorstellbar, daß man das Forderungsrecht in dem Sinne spalten kann, daß die Verfügung über die eine Norm, nämlich die den Schuldner verpflichtende, einem anderen zusteht als das Recht, Dritte von der Verfügung über die Forderung auszuschließen. Eine solche Spaltung ähnelt der oben[19]) abgelehnten relativen Rechtsübertragung.

Ein Teil des Schrifttums hat ein „absolutes Recht an der Forderung", ein Eigentum an der Forderung angenommen: ein absolutes Recht, das von anderen verletzt werden kann[20]). Dieses „Eigentum an Rechten" ist etwas anderes wie die Löbl'sche Ausschlußwirkung der Forderung. Löbl hat selbst erkannt, daß von dem Standpunkt eines absoluten Rechts an der Forderung aus es nicht möglich ist, daß dem Zessionar lediglich im Verhältnis zum Schuldner die Gläubigerstellung verschafft werden soll. Denn „der Anspruch auf Leistung, der in diesem sachenrechtlichen Behältnis, dem Rechte an der Forderung enthalten ist, kann offenbar nur mit diesem übertragen werden"[21]). Das Eigentum an der Forderung ist ein selbständiges Recht, das der Uebertragung fähig, und dessen Uebertragung durch Abtretung, die den Uebergang der ganzen Forderung zur Folge hat, möglich ist. Dagegen soll nach der Löbl'schen Auffassung nur ein einzelner Teil des Forderungsrechts übertragen werden[22]).

Aber auch vom Standpunkt derer, die ein Eigentum an der Forderung nicht annehmen, sondern die Möglichkeit der Verletzung des Forderungsrechts selbst bejahen[23]), mag man der Forderung eine teilweise absolute Wirkung beilegen oder nicht, kommt man zu dem Ergebnis, daß eine solche Trennung wie Löbl sie vornimmt, nicht möglich ist. Es handelt sich in den Fällen der Verletzung einer Forderung durch Dritte um gesetzlich gegebene Möglichkeiten, die keinen Schluß auf die Natur des Rechts zulassen.

Der Schluß, es müsse möglich sein, einen Teil des Forderungsrechts, nämlich die den Schuldner verpflichtende Norm, an einen anderen zu übertragen, weil es möglich ist, beide Normen zu über-

---

[17]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht S. 9 und § 24 S. 64 f.
[18]) a. a. O. § 2 V 4.
[19]) § 3 dieser Abhandlung.
[20]) Vgl. Bähr a. a. O. S. 401; Gierke DPR II S. 367; Leonhard, Schuldr. § 24.
[21]) Löbl a. a. O. S. 291.
[22]) Vgl. Leonhard, Schuldrecht § 345.
[23]) So Enneccerus § 70 Anm. 3; § 225 I 1; § 451 I 1d; von Tuhr a. a. O. § 11, II 1 und 2.

tragen, ist selbst dann falsch, wenn man die Möglichkeit einer Spaltung in zwei Normen zugibt. Ebenso wie die Möglichkeit beide Normen zu übertragen, müßte auch die andere durch Gesetz geregelt sein. Wenn Löbl weiter sagt, daß keine Bedenken gegen die Zulässigkeit bestehen, so möchte ich hier nur bemerken, daß es zahlreiche Bedenken gibt, die im dritten Kapitel dieser Abhandlung näher erörtert werden.

Wir sehen, daß auch die Löbl'sche Ansicht für die Zulässigkeit einer Einziehungsermächtigung nicht verwendet werden kann.

§ 12.

Das praktische Bedürfnis als Grund für die Zulassung der Einziehungsermächtigung.

Der Umstand, daß alle bisher erörterten Konstruktionsversuche nicht ausreichen, würde nicht genügen, um zu dem Schluß zu kommen, daß eine Einziehungsermächtigung unzulässig sei. Die Tatsache allein, daß eine Erscheinung des wirtschaftlichen Lebens sich nicht in ein bestimmtes System einfügen läßt, kann m. E. unerheblich werden, wenn das wirtschaftliche Leben eine solche Erscheinung verlangt. Wir haben oben bei der Behandlung der fiduziarischen Zession gesehen, daß die Tatsache, daß das Wirtschaftsleben fiduziarische Geschäfte erforderte, zu deren Zulassung geführt hat. Insbesondere dann wird man eine neue Erscheinung auch rechtlich für zulässig halten müssen, wenn aus praktischen Gesichtspunkten heraus sich ein Gewohnheitsrecht bildet. Und gerade die Meinung, daß praktische Gesichtspunkte die Zulassung einer Einziehungsermächtigung erfordern, hat zu den Versuchen geführt, diese rechtlich zu konstruieren. Wir müssen uns daher fragen, ob im wirtschaftlichen Leben eine Einziehungsermächtigung mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Verkehrs erforderlich ist. Dabei ist von besonderer Bedeutung, ob sich die Zwecke, die mit der Einziehungsermächtigung verfolgt werden, nicht auf anderem Wege erreichen lassen bzw. ob die verfolgten Ziele geeignet und würdig sind, vom Recht geschützt zu werden. Erst neuerdings hat das Reichsgericht sich darauf berufen, daß „auf allen Gebieten des Rechts die Entwicklung dazu drängt, die Möglichkeit einer Uebertragung der Legitimation zur Ausübung fremder Rechte anzuerkennen" — unter Hinweis auf das Aktienrecht und das Schrifttum zur Frage der Einziehungsermächtigung[1]).

Dieser Satz ist jedoch nicht anzuerkennen. Die Frage ist nicht so zu stellen, ob die Einziehungsermächtigung im Schrifttum Anerkennung gefunden hat, sondern so, ob das Leben neben der Vollmacht und der Abtretung zur Einziehung eine Einziehungsermächtigung fordert.

---

[1]) RGZ 117 S. 72 ff.; vgl. auch RG in JW 1932 S. 399 und RGK § 398 1 a. E.

Eine Vorfrage dazu ist die Frage, zu welchen Zwecken eine Forderung übertragen werden kann: Vier Zwecke sind es, die mit der Uebertragung einer Forderung verfolgt werden können[2]). Man kann einmal das Ziel verfolgen, einem anderen die Forderung ganz mit dem Erfolg zukommen zu lassen, daß die Forderung in das Vermögen des anderen übergeht. Weiter kann eine Forderung einem anderen deshalb übertragen werden, weil er ein Nutzungsrecht, drittens weil er eine Sicherung haben soll, und schließlich noch zu dem Zweck, daß der andere die Forderung für den ursprünglichen Inhaber einziehen soll. Wir haben schon oben[3]) gesehen, daß unsere Rechtsordnung für jeden dieser Zwecke eine bestimmte Form gesetzt hat: die Vollübertragung geschieht durch Abtretung (§§ 398 ff. BGB); das Nutzungsrecht an einer Forderung wird durch Begründung eines Nießbrauchs übertragen (§§ 1068 ff. BGB); gesichert wird jemand, indem man ihm das Pfandrecht an der Forderung überträgt (§§ 1273 ff. BGB); und schließlich haben wir noch für die Uebertragung des Einziehungsrechts das Institut der Vollmacht[4]). Wir haben auch weiter gesehen[5]), daß die Erfordernisse des wirtschaftlichen Lebens zur Anerkennung der fiduziarischen Abtretung geführt haben, die zu allen Zwecken erfolgen kann: nicht nur zur Einziehung, sondern auch zu Nutzungs- und Sicherungszwecken.

Wenn man nun sagen will, daß das Wirtschaftsleben eine weitere Form für die Uebertragung des Einziehungsrechts fordert, dann muß nachgewiesen werden, daß die Formen, die die Rechtsordnung für die Verwertung einer Forderung gibt, nicht ausreichen, daß also Zwecke bestehen, die eines Rechtsschutzes bedürfen und nicht durch die vorhandenen Formen erreicht werden können.

Welche Zwecke können mit der Einziehungsermächtigung verfolgt werden? Man hat geltend gemacht, daß eine Einziehungsermächtigung erforderlich sei, weil die fiduziarische Zession nicht ausreiche, um den Treugeber genügend zu schützen. Verschiedene Schriftsteller hatten, wie wir oben gesehen haben, die Aussonderungsmöglichkeit bzw. die Möglichkeit der Widerspruchsklage verneint. Sie werfen daher die Frage auf, wie diesem Mißstand abzuhelfen sei, wenn demjenigen, dem das Einziehungsrecht übertragen wird, eine Stellung verschafft werden soll, die fester und gesicherter ist als die des Einziehungsbevollmächtigten. Sie kommen zu dem Ergebnis, daß die Einziehungsermächtigung erforderlich sei, um die Aussonderungsmöglichlichkeit zu begründen[6]). Dieser Grund ist mit Rücksicht auf die Entwicklung, die die Frage der Aussonderungsmöglichkeit bei der fiduziarischen Abtretung genommen hat, nicht durchschlagend. Die fidu-

---

[2]) Vgl. zum folgenden besonders Leonhard § 345 a. E.
[3]) § 1 dieser Abhandlung.
[4]) § 2 dieser Abhandlung.
[5]) § 3 dieser Abhandlung.
[6]) Vgl. insbes. Richter a. a. O. S. 773; Ludewig a. a. O. S. 89 und 93 u. a.

ziarische Abtretung genügt, um die Aussonderungsmöglichkeit und die der Widerspruchsklage zu begründen.

Es gibt eine Reihe von Fällen — z. B. die von Löbl[7]) erwähnten: Einziehung durch ein Inkassobüro, Bestellung einer Sicherheit für die Gesamtheit der Gläubiger durch Uebertragung auf einen Vertrauensmann —, die sich auf dem Wege der fiduziarischen Zession ebensogut erreichen lassen, wie durch eine Einziehungsermächtigung. Die Tatsache, daß dem Zessionar eine stärkere Stellung eingeräumt wird als dem Ermächtigten, besagt nichts. Wenn der Zedent dem Zessionar mißtraut, so darf er ihn eben nicht als Vertrauensmann benutzen[8]).

Man hat sich weiter auf die Fälle berufen, in denen jemand ein Recht bereits übertragen hat und dann noch verpflichtet ist, Handlungen vorzunehmen, die eigentlich nur der Inhaber des Rechts vornehmen darf. Man hat dabei insbesondere an folgende Fälle gedacht:

Ist der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer gegenüber verpflichtet, eine im Grundbuch eingetragene, tatsächlich nicht bestehende Belastung des Grundstücks zur Löschung zu bringen, so muß dem Verkäufer auch nach der Auflassung die Möglichkeit gegeben sein, den Berichtigungsanspruch durchzuführen. Dies könne geschehen, indem der Verkäufer von dem Käufer ermächtigt wird, den Berichtigungsanspruch im eigenen Namen durchzuführen[9])[10]). Der Grundbuchberichtigungsanspruch ist nicht abtretbar[11]). Man kann daher auf dem Wege der Abtretung nicht zu einer Uebertragung des Klagerechts kommen.

Dagegen, daß in diesem Fall eine Ermächtigung erforderlich sei, hat sich besonders H. Hellwig[12]) gewandt. Er glaubt, diese Möglichkeit auf anderem Wege erreichen zu können. Zunächst gibt er dem Verkäufer eine Klage auf Feststellung der wahren Rechtslage. Er erkennt dabei selbst, daß diese nicht in allen Fällen gegeben ist, sondern nur dann, wenn neben der dinglichen Belastung eine persönliche Verpflichtung bestanden hat und auf dem Verkäufer lasten geblieben ist. Für die anderen Fälle will Hellwig auf folgendem Weg helfen: er geht davon aus, daß die Bestimmungen des Schuldrechts auch auf die dinglichen Rechte Anwendung finden. Daher könne der Verkäufer, wenn er den zu Unrecht eingetragenen Berechtigten, der

---

[7]) § 3 S. 266 ff.

[8]) Vgl. hierzu Planck a. a. O.

[9]) Vgl. RGZ 53 S. 411; H. Hellwig a. a. O. S. 615 ff.; Ludewig a. a. O. S. 11; zum folgenden auch Leonhard, Schuldrecht a. a. O.

[10]) Es handelt sich hierbei um die Frage, ob eine Ermächtigung zur Prozeßführung im eigenen Namen zulässig ist. Diese Frage ist auch bei der Einziehungsermächtigung von Bedeutung, und müssen wir diese Gründe daher erörtern.

[11]) Vgl. Martin Wolff § 46 IV und Ludewig a. a. O. § 26 S. 109 f.

[12]) a. a. O. S. 617 ff.

der ihm nach § 894 BGB obliegenden Pflicht zur Grundbuchberichtigung nicht nachkommt, in Verzug gesetzt hat, Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens fordern. Es sei nun „Folge der Nichterfüllung, daß der Verkäufer dem Käufer verpflichtet wird, die Eintragung des nichtbestehenden Rechtes zu beseitigen", und diesen Schaden müsse gemäß § 249 BGB der eingetragene Berechtigte dadurch beseitigen, daß er ihn „von seiner Verpflichtung gegenüber dem Käufer befreit. Dies geschieht, indem er dem Käufer seine Zustimmung dazu erteilt, daß die Eintragung gelöscht wird." Damit hat, wie Hellwig ausführt, der Verkäufer auch nach der Auflassung das Recht auf Zustimmung zur Löschung zu klagen.

Diese Ausführungen Hellwigs können aus verschiedenen Gründen nicht gebilligt werden. Wir wollen von der Frage, ob die Sätze des Schuldrechts auf das Sachrecht Anwendung finden, absehen und auch unterstellen, daß bei Verzug des zur Löschung Verpflichteten dieser vermittels der Grundsätze über Schadensersatz verpflichtet ist, dem Verkäufer gegenüber die Löschung des eingetragenen Rechts herbeizuführen: es bleibt der Einwand, daß der Schaden dem Verkäufer nur dann zu ersetzen ist, wenn der eingetragene Berechtigte schon vor der Uebernahme der Verpflichtung des Verkäufers dem Käufer gegenüber in Verzug gesetzt ist. Dies wird nicht immer geschehen sein. Es braucht nicht immer so zu sein, daß jemand, bevor er sein Grundstück verkauft, versuchen wird, die Löschung des zu Unrecht eingetragenen Rechts herbeizuführen. Außerdem ist es fraglich, ob in diesem Versuch bereits eine Mahnung liegt. Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß, die Richtigkeit der Hellwig'schen Ausführungen vorausgesetzt, die von ihm gegebene Klage nicht immer möglich ist, so daß Fälle bleiben, in denen die Möglichkeit, die zu Unrecht eingetragene Belastung zur Löschung zu bringen, dem Verkäufer auf anderem Wege gegeben werden muß.

Eine solche andere Möglichkeit besteht. Es ist nicht einzusehen, warum der Verkäufer im eigenen Namen auftreten soll. Der Verkäufer muß als Vertreter des Käufers auf Einwilligung in die Löschung klagen. Es kann nur folgendes Bedenken bestehen: wenn der Verkäufer im eigenen Namen zu klagen berechtigt ist, ist er Partei; klagt er dagegen als Vertreter des Käufers, so ist dieser Partei und beim Unterliegen im Rechtsstreit zur Tragung der Prozeßkosten nach außen verpflichtet. Dies Bedenken ist aber m. E. nicht durchschlagend, und die Rücksicht hierauf wird nicht dazu führen, daß der Grundstückskauf selbst scheitern würde. Denn einmal ist die Möglichkeit gegeben, daß die zu erwartenden Prozeßkosten beim Abschluß des Kaufvertrags von dem Verkäufer sichergestellt werden; anderseits kann der Käufer diese vom Kaufpreis abziehen und bis zur Erledigung des Rechtsstreits zurückbehalten.

Auch das Bedenken, daß sich der Verkäufer dem Käufer gegenüber verpflichtet hat, die Löschung des eingetragenen Rechts herbei-

zuführen, ist unerheblich: man kann und muß bei Unmöglichkeit der Ausführung dieser Verpflichtung diese dahin umdeuten, daß der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die ihm mögliche Beihilfe zu leisten. Und diese Beihilfe besteht darin, daß er als Vertreter des Käufers den diesem zustehenden Anspruch geltend macht[13]).

Die gleichen Erwägungen wie hier sind bei dem diesen ähnlichen Fall, daß ein nicht eingetragener Berechtigter sich durch Vertrag verpflichtet hat, einem anderen sein Recht zu übertragen, anzustellen. Dann handelt es sich darum, daß statt des eingetragenen Inhabers ein anderer eingetragen wird. Auch in diesen Fällen will man mit der Ermächtigung helfen; auch hier genügt die Vertretung[14]).

Wir sehen also, daß sich diese Ziele auch auf anderem Wege als dem der Ermächtigung erreichen lassen. Aber selbst wenn für die Geltendmachung des Grundbuchberichtigungsanspruchs usw. ein Bedürfnis für eine Ermächtigung besteht, so ist noch nichts für unsere Frage nach dem praktischen Bedürfnis der Einziehungsermächtigung erwiesen. Man kann selbst wenn man eine Ermächtigung in einem bestimmten Fall aus praktischen Erwägungen heraus zuläßt, dies nicht ohne weiteres auf andere Gebiete übertragen, wenn die Voraussetzungen, die zur Zulassung geführt haben, nicht vorliegen.

Ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der Einziehungsermächtigung hat man insbesondere bei den Fällen der sogen. „Diskontierungen von Buchforderungen" angenommen[15]). Bei ihnen handelt es sich um die Frage nach der Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung. Von Diskontierung der Buchforderung spricht man in folgenden Fällen[16]): Wenn Kaufleute, deren Betriebsmittel beschränkt sind, von einer Bank Kredit erhalten wollen, so müssen sie oft der Bank eine entsprechende Sicherheit geben. Dies geschieht, indem sie ihre Forderungen, die buchmäßig ausstehen (daher „Buch"forderungen), der Bank abtreten. Es ist bereits ausgeführt worden[17]), daß es bei Abtretung von Forderungen oft nicht im Interesse des Abtretenden liegt, wenn der Drittschuldner von der Abtretung Kenntnis erhält bezw. eine Bank statt des Kaufmanns mit dem Drittschuldner in Verbindung tritt. Die Bank will auch oft mit der Einziehung der Forderungen nichts zu tun haben. Deshalb soll, so wird oft vereinbart, dem Schuldner keine Kenntnis von der Abtretung gegeben werden und der Kaufmann zur Einziehung der Forderung berechtigt

---

[13]) So Leonhard, Schuldrecht a. a. O.

[14]) Vgl. hierzu RGZ 59 S. 289; 62 S. 326; 64 S. 165 ff.; JW 1910 S. 941; H. Hellwig a. a. O. S. 620 ff. u. a.

[15]) Vgl. hierzu Enneccerus § 303 IV 2; Höniger und Hartrodt: Diskontierung von Buchforderungen 1912; Leonhard, Schuldrecht a. a. O.; Türk JW 1911 S. 1003 ff.; RG in JW 1905 S. 718; in Warn. 11, 20; KG Urteil vom 31. 5. 1911 auszugsw. abgedr. bei Türk a. a. O.

[16]) Vgl. zum folgenden Höniger a. a. O. § 2 S. 4 ff.

[17]) Vgl. die Einleitung zu dieser Abhandlung.

bleiben, und nur unter gewissen Voraussetzungen die Bank dieses Recht erhalten[18]).

Es liegt in diesen Fällen ähnlich wie bei denen der sogen. stillen Abtretung[19]), in denen ein Kaufmann seinem Lieferanten die künftig entstehenden und bzw. schon entstandenen Forderungen mit der Vereinbarung abtritt, daß der Abtretende weiter zur Einziehung berechtigt bleiben soll. In beiden Fällen handelt es sich um eine Abtretung zur Sicherung[20]), wobei das Einziehungsrecht dem Abtretenden verbleiben soll. Die rechtlichen Schwierigkeiten bei den Versuchen, das Recht des Abtretenden zur Einziehung zu erklären, entstehen dadurch, daß man nicht die Form wählen kann, die bei Uebertragung von Forderungen zur Sicherung vom Gesetz gegeben ist: die Verpfändung. Denn diese ist nur wirksam, wenn sie dem Schuldner angezeigt wird (§ 1280 BGB), und dann kann der Schuldner nur an Pfandgläubiger und -schuldner gemeinschaftlich leisten (§ 1281 BGB).

Die Einziehungsermächtigung ist auch in diesen Fällen nicht erforderlich. Man kommt durchaus mit der fiduziarischen Abtretung aus: der Bank werden die Forderungen — sowohl bei der stillen Zession, wie bei der Diskontierung von Buchforderungen — fiduziarisch abgetreten, d. h. die Bank wird Gläubigerin mit der dem Sicherungszweck entsprechenden obligatorischen Bindung[21]). Zur Verfügung über die Forderungen und zur Einziehung ist allein der Zessionar befugt. Die Abtretung erfordert jedoch im Gegensatz zur Verpfändung keine Anzeige an den Schuldner. Wenn dann der Schuldner an den Zedenten leistet, dann ist diese Leistung gemäß § 407 BGB dem Zessionar gegenüber wirksam. Durch das Unterlassen der Anzeige ist daher dem Zedenten die Möglichkeit gegeben, die Leistung entgegen zu nehmen. Er behält jedoch nicht ein eigenes Recht[22]). Dies Ergebnis entspricht auch viel mehr den Bedürfnissen, da der Kreditgeber viel mehr geschützt ist[23]).

Sobald es zur Klage kommt, muß die Zession aufgedeckt werden. Was dann ja auch den Interessen des Schuldners entspricht, anderseits den Interessen der Abtretungsparteien nicht zuwiderläuft. Hier bedarf es keiner Geheimhaltung mehr, da das besondere Vertrauensverhältnis, das zwischen Schuldner und Zedent besteht, durch die Klageerhebung schon zerstört wird. Eine Abtretung ist außerdem oft auch nicht geeignet, das Vertrauensverhältnis zu zerstören. Der Kreditgeber braucht sich auch nicht mit der Einklagung befassen, die Möglichkeit der Einklagung durch den Zedenten läßt sich durch Erteilung einer Vollmacht herbeiführen.

---

[18]) Es soll hier nicht auf die Frage eingegangen werden, ob die Diskontierung von Buchforderungen ein — insbes. wirtschaftlich — erwünschtes Geschäft ist. Vgl. hierzu Höniger, bes. §§ 8 ff.

[19]) Vgl. die Einleitung.

[20]) Höniger a. a. O. S. 7.

[21]) Höniger S. 21.

[22]) Vgl. zum Vorstehenden Höniger a. a. O. S. 15 f.

[23]) Vgl. auch Höniger a. a. O. S. 19.

Auch auf andere Weise ist es möglich, dem Zedenten die Annahme der Leistung zu ermöglichen: durch eine Einwilligung, die Leistung des Schuldners entgegen zu nehmen [24]) [25]).

Einer Einziehungsermächtigung bedarf es also auch in diesen Fällen nicht.

Einen weiteren Fall erwähnt Enneccerus [26]): Wenn größere unbestimmte Forderungen „so abgetreten werden, daß der Zessionar sie nur bis zu einer bestimmten Höhe soll eintreiben können". Auch dieser Fall kann nicht dazu dienen, ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der Einziehungsermächtigung zu begründen. Die beabsichtigte Wirkung kann auf andere Weise erzielt werden. Wir haben oben bei der Behandlung der fiduziarischen Zession gesehen, daß es möglich ist, eine Zession vorzunehmen und ihr eine auflösende Bedingung hinzuzufügen, bei deren Eintritt die Forderung in das Vermögen des Abtretenden zurückfallen soll (sogen. Theorie der deutschrechtlichen Treuhänderschaft) [27]). So ist auch der von Enneccerus erwähnte Fall zu erklären. Die Forderungen werden übertragen; es wird eine Vollabtretung vorgenommen und eine Bedingung hinzugefügt, daß die Forderungen, soweit sie den Betrag, den der Zessionar einziehen soll, übersteigen, an den Zedenten nach Einziehung der Forderungen bis zu diesem bestimmten Betrag zurückfallen sollen [28]).

Die Tatsache allein, daß eine Einziehungsermächtigung im wirtschaftlichen Leben häufig vereinbart wird, läßt nicht auf ein praktisches Bedürfnis schließen. Denn die Gesichtspunkte, aus denen heraus eine solche Einziehungsermächtigung vorgenommen wird, können solche sein, die weder geschützt zu werden brauchen, noch geschützt werden dürfen. Ich denke dabei an verschiedene Gründe, aus denen heraus die Einziehungsermächtigung vorgenommen wird, die insbesondere den Interessen des Schuldners zuwiderlaufen. Solche Gründe sind u. a.: der Gläubiger einer Forderung will einen Rechtsstreit von einem anderen führen lassen, weil er selbst als Zeuge im Prozeß auftreten möchte. Er möchte aber die Forderung nicht an den anderen übertragen, weil er damit Folgen erreichen könnte, die ihm unangenehm werden können: z. B. Verfügungen des anderen über die Forderung. Der andere soll lediglich im eigenen Namen auftreten können, damit er, der nicht Partei ist, als Zeuge vernommen wird. Auch zur Erlangung anderer Vorteile im Prozeß kann eine Einziehungsermächtigung vorgenommen werden z. B., indem man einen anderen, der vermögenslos ist, den Prozeß führen läßt, dem dann auf Grund seiner Armut das Armenrecht bewilligt werden muß. Es gibt noch viele ähnliche Vorteile, die auf diese Weise erreicht

---

[24]) Siehe oben § 8 dieser Abhandlung.
[25]) Vgl. hierzu Haymann a. a. O. S. 398.
[26]) § 302 Anm. 1.
[27]) Siehe oben § 3 III dieser Abhandlung.
[28]) So auch RG in Seuff. Arch. 60 S. 192; Leonhard, Schuldrecht a. a. O.; vgl. auch Kisch a. a. O. Anm. 26 S. 33.

werden können und sollen. Es seien hier noch folgende erwähnt: Parteieide hat der Ermächtigte, nicht der Ermächtigende zu leisten. Dies wird oft dazu führen, daß der Ermächtigte einen Ueberzeugungseid leisten kann, den der Ermächtigende in der Wahrheitsformel nicht hätte leisten können. Auch um dem Drittschuldner die Möglichkeit zu nehmen, eine gegen den Ermächtigenden begründete Widerklage zu erheben, kann eine dritte Person vorgeschoben werden.

Außerhalb des Prozesses soll dem Schuldner oft die Möglichkeit genommen werden, gegen die Forderung des Ermächtigenden aufzurechnen. Aufrechenbar sind gegenseitige Forderungen, nicht aber kann der Schuldner dem Ermächtigten gegenüber eine solche Aufrechnung erklären.

Wird der Ermächtigte mit der Klage abgewiesen und zur Kostentragung verurteilt, so kann dies dann für den Schuldner von Nachteil sein, wenn der Ermächtigte mittellos ist: dann bleiben sowohl die Gerichtskosten wie seine eigenen Kosten auf ihm lasten, da er nicht die Möglichkeit hat, von dem Ermächtigten die Kosten zu erlangen.

Um solche Vorteile zu erreichen, kann eine Einziehungsermächtigung vorgenommen werden, und dies sind denn auch meist die Gründe, aus denen sie vorgenommen wird. Wegen dieser Gründe darf jedoch ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung der Einziehungsermächtigung nicht bejaht werden. Es ist nicht Sinn und Zweck des Rechts, Wege zu schaffen, auf denen einem anderen Nachteile entstehen können. Das alles sind Zwecke, die in keiner Weise geschützt werden brauchen, ja nicht einmal geschützt werden dürfen. Man muß vielmehr m. E. alles tun, um die Möglichkeit zur Erreichung solcher Zwecke zu vernichten [29]).

Damit sind wir bei den Gründen, die nicht für, sondern gerade gegen die Zulassung einer Einziehungsermächtigung sprechen. Diese Gegengründe sind dem nun folgenden dritten Kapitel unserer Abhandlung vorbehalten, im Verlauf dessen noch näher auf die hier geschilderten Folgen der Zulassung der Einziehungsermächtigung eingegangen werden und auch die Gründe, die hiergegen geltend gemacht worden sind, einer kritischen Betrachtung unterzogen werden sollen.

3. Kapitel.

Die Gründe, die gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebracht sind.

Wir haben gesehen, daß alle Versuche, die Zulässigkeit einer Einziehungsermächtigung mit Wirkung gegen Dritte zu begründen, insbesondere daran scheitern, daß es nicht möglich ist, durch Ver-

[29]) Vgl. zum vorstehenden H. Hellwig a. a. O. S. 612 f.; K. Hellwig a. a. O.; Haymann a. a. O.; Leonhard, Schuldrecht; Nußbaum, Planck, Stein-Jonas a. a. O.

einbarung in den Rechtskreis eines anderen einzugreifen [1]). Wir haben auch gesehen, daß die im Gesetz geregelten Formen für die Uebertragung des Einziehungsrechts sowie die durch Gewohnheitsrecht geschaffene Abtretung zur Einziehung durchaus genügen, um den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens gerecht zu werden. Immerhin lassen sich gewisse Fälle denken, in denen eine Einziehungsermächtigung für die Beteiligten einfach und erwünscht wäre. Trotzdem darf man m. E. nicht zu ihrer Zulassung kommen. Denn es sind ja nicht nur die Interessen derjenigen zu beachten, die das Einziehungsrecht übertragen wollen, unsere Rechtsordnung muß auch Rücksicht nehmen auf die Interessen desjenigen, der durch die Uebertragung des Einziehungsrechts betroffen wird. Das ist der Schuldner, der, wie wir schon gesehen haben, mit der Uebertragung des Einziehungsrechts durch Ermächtigung erheblich schlechter gestellt werden kann. Die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung kann auch deshalb nicht anerkannt werden, weil erhebliche rechtliche Gründe geltend gemacht werden können, die gegen ihre Zulässigkeit sprechen [2]). Die Gründe, die gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebracht sind, sollen im folgenden näher erörtert werden.

§ 13.

Die Einziehungsermächtigung ist keine verdeckte Vollmacht.

Ein Grund, der gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung vorgebracht worden ist, ist bereits oben [1]) erörtert worden. Wir haben dort gesehen, daß einige Gegner der Einziehungsermächtigung deren Zulässigkeit zu bekämpfen suchen, indem sie sagen: wer eine Forderung einzieht, müsse dies im Namen des Inhabers tun und werde daher zum Stellvertreter; die Einziehungsermächtigung sei also ein Scheingeschäft, das die Vollmacht verdecke. Wir haben diese Auffassung bereits oben a. a. O. bekämpft. Es handelt sich um die Frage, ob dann schon immer eine Stellvertretung vorliegt, wenn zu erkennen gegeben werden muß, daß die Forderung bei einem anderen entstanden ist wie demjenigen, der sie geltend macht. Schon die Möglichkeit einer Abtretung spricht dagegen; denn auch der Zessionar muß darlegen, daß die Forderung bei einem anderen entstanden ist. Es ist ein Unterschied, ob man darlegt, daß die Forderung eine fremde ist, oder ob man im Namen des anderen zu handeln vorgibt.

Ich kann des weiteren auf das oben a. a. O. Gesagte verweisen.

---

[1]) Etwas scharf drückt sich Planck aus (§ 398 1b β): „Die Versuche, die Zulassung der Einziehungsermächtigung nach geltendem Recht zu begründen, verraten ihre Unzulänglichkeit schon dadurch, daß sie sich in Widersprüchen bewegen und vielfach an die Stelle von Begriffen Phrasen setzen."

[2]) Vgl. zum Grundsätzlichen OLG Hamm in OLGE 36 S. 22.

[1]) § 8 I dieser Abhandlung.

Ein Scheingeschäft liegt hier ebensowenig vor wie bei der fiduziarischen Abtretung. Das dort [2]) Gesagte gilt auch hier [3]).

§ 14.

Der Unterschied der Einziehungsermächtigung von verwandten Rechtserscheinungen.

Einen weiteren Grund gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung, der m. E. nicht ganz einer Berechtigung entbehrt, jedoch deshalb nicht durchschlagend wirken kann, weil er nicht für alle Fälle gilt, hat Leonhard [1]) vorgebracht. Er meint, daß sich die Ermächtigung zur Einziehung von anderen Geschäften nicht unterscheiden lasse. Dies scheint mir in dieser Verallgemeinerung nicht richtig. Die Ermächtigung zur Einziehung soll ja gerade deshalb eingeführt werden, weil andere Formen nicht die gleiche Natur haben.

Das Pfandrecht verschafft ein eigenes Recht, die Pfandbestellung an einer Forderung erfordert Anzeige an den Schuldner; die Ermächtigung soll diese nicht erfordern. Wir sehen also, daß rechtlich und in Bezug auf die Wirkungen erhebliche Unterschiede bestehen. Gering ist der Unterschied und praktisch nicht sehr erheblich, wenn das Einziehungsrecht zu Nutzungszwecken übertragen wird: beim Nießbrauch erwirbt der Uebertragende bei Leistung des geschuldeten Gegenstandes an den Nießbraucher Eigentum (§ 1075 BGB); der Ermächtigte soll selbst Eigentümer werden.

Eine andere Frage ist es, ob im einzelnen Fall sich feststellen läßt, welches Rechtsgeschäft die Parteien abgeschlossen haben. Dabei entstehen sehr häufig Schwierigkeiten; insbesondere ist oft nicht zu erkennen, ob eine Abtretung oder eine Ermächtigung zur Einziehung erklärt werden sollte. Im einzelnen Fall werden diese Erscheinungen oft nicht auseinandergehalten. Teilweise liegt dies wohl an der herrschenden Rechtsprechung, die all diese Geschäfte meist einschränkungslos zuläßt, ohne auf die Frage, welches Geschäft im Einzelfall vorliegt, einzugehen; anderseits aber auch daran, daß die Parteien selbst sich gar nicht klar darüber geworden sind, welches Geschäft sie abschließen. Erklärt wird meist eine „Abtretung mit abgeschwächter Wirkung“ [2]), oft auch „Vollmacht“ [3]), Abtretung zur Einziehung u. a. [4]). Was die Parteien wirklich als beabsichtigt erklärt haben, ist meist nicht zu erkennen. Meist wird es erforderlich sein, eine fiduziarische Abtretung anzunehmen, und zwar deshalb, weil die Parteien eine Abtretung erklärt haben: im wirtschaftlichen

---

[2]) Siehe § 3 dieser Abhandlung.
[3]) Vgl. hierzu auch Jacobi a. a. O. S. 65.

[1]) Schuldrecht § 346.
[2]) RGZ 53 S. 416 ff.
[3]) RGZ 53 S. 275.
[4]) Vgl. hierzu die oben § 4 angeführten Entscheidungen.

Leben ist die fiduziarische Abtretung bekannt, meist aber nicht die Einziehungsermächtigung, die sie auch nicht erklärt haben können. Die Unterscheidung danach zu treffen, wessen Interesse vorliegt, scheint mir schon deshalb abwegig zu sein, weil die beiderseitigen Interessen meist gleichwertig sind, aber auch deshalb, weil sich nicht erkennen läßt, daß bei der Einziehungsermächtigung nur der Ermächtigende Vorteile hat[5]). Man kann daher wohl sagen, daß die Grenzen im praktischen Leben nicht streng gezogen werden können. Aber dies ist bei vielen Erscheinungen unseres Lebens der Fall. Ich erinnere nur an Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme (= Schuldbeitritt).

Man kann dies daher m. E. nicht als Grund dafür anführen, daß man nicht zu einer Zulassung der Einziehungsermächtigung kommen dürfe.

§ 15.

§ 409 BGB und die Einziehungsermächtigung.

Wir hatten oben[1]) schon Gelegenheit, kurz auf die Bedeutung des § 409 BGB einzugehen und haben dort gesehen, daß diese Bestimmung der Zulässigkeit der fiduziarischen Zession nicht entgegensteht, da sie nur dann eingreift, wenn eine unwirksame Abtretung vorliegt, während gerade die Frage der Gültigkeit der Abtretung aufgeworfen war.

Es ist hier noch die Frage zu prüfen, ob § 409 BGB gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung spricht[2]). Dies ist m. E. aus ähnlichen Gründen wie den oben a. a. O. dargelegten zu verneinen. § 409 BGB regelt die Beziehungen des Gläubigers zu dem Schuldner für den Fall der unwirksamen Abtretung und erklärt ein Leistungsrecht, aber keine Leistungspflicht des Schuldners an den Zessionar. Eine unwirksame Abtretung liegt hier aber nicht vor. Wir dürfen nicht in den Fehler verfallen, die Einziehungsermächtigung als eine Art Abtretung, die nicht wirksam ist, aufzufassen. Die Einziehungsermächtigung ist ein von der Abtretung ganz verschiedener Begriff und § 409 BGB hat daher keinen Raum. § 409 BGB schließt nicht aus, daß jemandem die Legitimation zur Einziehung auf einem anderen als dem Wege der Abtretung verschafft wird[3]). Hier handelt es sich um die Frage, ob es neben Abtretung und Vollmacht noch eine dritte Möglichkeit zur Verschaffung des Einziehungsrechts gibt, nicht aber um die Frage der Rechtsstellung des Schuldners bei unwirksamer Abtretung.

Auch § 409 kann daher nicht gegen die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung verwandt werden und könnte höchstens dann,

---

[5]) Vgl. Klinge a. a. O. S. 21 ff.
[1]) § 3 dieser Abhandlung.
[2]) So Leonhard .Schuldrecht § 346; Stammler Nr. 53 S. 196.
[3]) Vgl. Wienstein Gruch. 46 S. 248 II.

sei es direkt oder analog zur Anwendung kommen, wenn man, nachdem man die Unzulässigkeit der Einziehungsermächtigung festgestellt hat, fragt, ob der Schuldner an den Ermächtigten leisten darf, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 409 gegeben sind. Diese Frage ist hier nicht zu entscheiden.

§ 16.

Das Einziehungsrecht als Inhalt des Gläubigerrechts.

Wir haben im Laufe dieser Abhandlung schon mehrfach darauf hingewiesen, daß der Inhalt des Forderungsrechts das Recht zur Einziehung ist: Forderung ist das Recht von einem anderen, dem Schuldner, eine Leistung zu fordern. Es fragt sich also, ob das Einziehungsrecht der alleinige Inhalt des Gläubigerrechts ist — oder nur ein Teil des Forderungsinhalts, der von diesem losgelöst werden kann, ohne daß damit die Forderung selbst übergeht. Erschöpft sich nämlich die Gläubigerstellung in dem Recht, die Leistung zu fordern, so liegt in der Uebertragung des Einziehungsrechts die Uebertragung der Gläubigerstellung.

Das Wesentliche des Gläubigerrechts ist m. E., die Leistung des Schuldners zu verlangen. § 241 BGB sagt:

> „Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern."

Inhalt des Gläubigerrechts ist also das Recht auf Leistung. Wenn Enneccerus[1]) definiert: „Forderungsrecht ist ein Recht einer Person, des Gläubigers, gegen eine andere bestimmte Person, den Schuldner, auf Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses des Gläubigers", so spricht dies nicht gegen unsere Ansicht. Enneccerus berücksichtigt den Zweck des Forderungsrechtes mit. Er sagt, die Leistung wird nicht als solche geschuldet, sondern „als Mittel zur Befriedigung des bestimmten Interesses des Gläubigers"[2]). Auch hiernach ist Inhalt des Gläubigerrechts das Forderndürfen, also die Tätigkeit, die zur Bewirkung der Leistung führt. Gläubiger ist, wem das Recht eingeräumt ist, von dem anderen ein Tun bezw. Unterlassen zu verlangen, also derjenige, dem das Einziehungsrecht zusteht.

Dies kann nicht dadurch entkräftet werden, daß man sagt, daß dem Gläubiger nicht nur das Recht, die Leistung zu fordern, zustehe, sondern daß auch besondere Pflichten des Schuldners begründet werden können: Das alles gehört zur Leistung und damit zum Einziehungsrecht, auch die Nebenpflichten des Schuldners sind nur Auswirkungen der Leistungspflicht, und das Recht, die Erfüllung der Nebenpflichten zu verlangen, hat derjenige, der Leistung verlangen kann. Auch die Möglichkeit, die Forderung aufzurechnen oder zu

---

[1]) § 225.
[2]) a. a. O. II 1.

erlassen, besagt nichts: auch dies ist nur die Möglichkeit, eine Forderung zum Erlöschen zu bringen; eine Möglichkeit, die mit dem Wesen des Gläubigerrechts als Einzugsrecht nicht im Widerspruch steht. Der Erlaß bedeutet nichts anderes wie das Versprechen, von dem Gläubigerrecht — nämlich dem Einzugsrecht — keinen Gebrauch zu machen. Jedem Gläubiger steht es frei, von seinem Recht Gebrauch zu machen; es steht ihm auch frei, dies nicht zu tun. Die gleichen Erwägungen gelten für das Recht des Gläubigers aufzurechnen.

Gegen die hier vertretene Auffassung vom Inhalt des Gläubigerrechts hat sich Jacobi [3]) gewandt. Er unterscheidet zwischen der Frage, „zu wessen Vermögen die Substanz des Gläubigerrechts gehört (Eigentum an der Forderung)", und „wem das Recht gegenüber dem Schuldner zusteht, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen. Die Substanz des Obligationsrechts besteht in dem vom Recht anerkannten Interesse des Gläubigers auf die Leistung selbst, in dem rechtlich ihm zugeteilten Anteil an dem durch die Leistung sich ergebenden Lebensgut". Die Einziehung ist dagegen nach Jacobis Ansicht nur das Mittel zum Zweck, dem Berechtigten die Leistung zuzuführen; dadurch werde aber nicht der Berechtigte bestimmt. Die Unterscheidung, die Jacobi vornimmt, ist falsch, wenn man daraus zwei von einander zu trennende Begriffe ableiten will. Jacobi scheidet zwischen der Frage nach dem Eigentum an der Forderung und der Zuständigkeit dem Schuldner gegenüber. Er verkennt jedoch, daß Eigentum bezw. absolutes Recht an der Forderung und Abspaltung eines Teils des Forderungsrechts sich nicht miteinander vertragen. Die Abtretung ist ein dinglicher Vertrag, Inhalt dieses Vertrages ist die Uebertragung des Forderungsrechtes. Gerade diejenigen, die ein Eigentum bezw. absolutes Recht an der Forderung annehmen, tun dies mit Rücksicht auf die Abtretung sowie die Anwendung des § 823 BGB [4]). Man ging von dem Gedanken aus, daß das absolute Recht an der Forderung, das „das sachenrechtliche Behältnis ist, in dem der Anspruch auf Leistung eingeschlossen ist" [5]), bei der Abtretung übertragen, und daß dieses gerade dadurch verletzt wird, daß ein anderer Nichtberechtigter die Forderung einzieht. Nimmt man ein absolutes Recht an der Forderung an, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der Anspruch auf Leistung, der in dem absoluten Recht enthalten ist, nur mit diesem übertragen werden kann [6]). Wird das Einziehungsrecht übertragen, so ist das eine Abtretung im Sinne des § 398 BGB.

In diesem Sinn hat das Reichsgericht auch wiederholt ent-

---

[3]) Wertpapiere § 24 S. 60 ff.

[4]) Vgl. das einschl. Schrifttum zu § 398 und insbes. zu § 823 BGB.; vgl. auch Leonhard, Schuldrecht a. a. O.; Löbl a. a. O. § 6a.

[5]) Löbl a. a. O. S. 290.

[6]) Löbl S. 291.

schieden[7]). Einmal sagt das Reichsgericht[8]): „Der wesentliche Inhalt des Gläubigerrechts ist darin zu sehen, daß der Gläubiger befugt ist, ein Recht dem Schuldner gegenüber geltend zu machen und die Leistung zu fordern. Die Abtrennung der Gläubigerschaft von dem Recht der Einklagung ist eine unzulässige Spaltung." Daraus hat das Reichsgericht die Folgerung gezogen, daß keine Abtretung vorliege, wenn dem Zedenten das Einziehungsrecht für immer vorbehalten. sei. Aber die auch zu ziehende Folgerung, daß eine Uebertragung des Einziehungsrechts Uebertragung der Forderung ist, hat es nicht gezogen. Dieser Widerspruch ist nicht zu erklären. Was soll es für ein Unterschied sein, wenn der Zedent sich das Einziehungsrecht vorbehält, oder wenn er die Forderung überträgt und ihm das Einziehungsrecht überlassen wird? Auch dies ist eine Spaltung, eine unzulässige Spaltung. Wenn der Gläubiger das Einziehungsrecht behalten und gleichzeitig ein anderer es im eigenen Namen ausüben können soll, so widerspricht dies der Natur der Forderung als Band zwischen Schuldner und Gläubiger. Der Gedanke, daß, wer das Einziehungsrecht hat, Gläubiger ist, muß auch bei der Einziehungsermächtigung angewendet werden. Jede Uebertragung des Einziehungsrechts ist eine Abtretung. Eine Einziehungsermächtigung hat daher in unserem Rechtssystem keinen Platz.

§ 17.

Die Interessen der Schuldners.

Es sprechen noch viel wichtigere Gründe gegen die Zulassung einer solchen Ermächtigung zur Einziehung, Gründe, die sich nicht durch irgendwelche rechtliche Konstruktionen aus dem Weg schaffen lassen. Wir haben schon oben gesehen, daß die Gründe, aus denen heraus ein solches Geschäft vorgenommen wird, solche sind, die dazu dienen, dem Gläubiger der Forderung Vorteile zu verschaffen, die ihm auf Grund unseres Prozeßrechts nicht zustehen, Vorteile, die auf der anderen Seite Nachteile des Schuldners sind. Die Zulassung der Einziehungsermächtigung führt zu einer Umstoßung, zu einer Umgehung unseres geltenden Prozeßrechts. Dies geht davon aus, daß nur der klagen kann und soll, der Inhaber eines Rechts ist. Nur der Gläubiger einer Forderung kann diese einklagen — oder sein Vertreter in seinem Namen. Das beruht auf dem Gedanken, daß wer sein Recht ausüben will, „dies in eigenem Namen tut und damit die Verantwortung für sein rechtliches Handeln übernehmen soll"[1]). Nußbaum a. a. O. weist mit Recht darauf hin, daß unser „Rechtssystem denen, die sich bei Betätigung ihrer wirtschaftlichen

[7]) JW 1905 S. 718; 1914 S. 528; 1916 S. 959; LZ 1916 S. 675; RGZ 90 S. 248 ff., 92 S. 105 ff. und 239 f., vgl. auch JW 1932 S. 397 ff.; s. auch Enneccerus § 302 Anm. 2.

[8]) RGZ 92 S. 105 ff.

[1]) JW 1928 S. 629 ff.

Interessen der rechtlichen Verantwortung entziehen wollen, ohnehin genug Tarnkappen zur Verfügung stellt". Wir erleben täglich die ungeheuerlichsten Schiebungen, die unter dem Deckmantel des Rechts vorgenommen werden. Wir erleben täglich die ungeheuerlichsten Benachteiligungen von Gläubigern durch Umgehung der Grundsätze unseres Rechts, das für eine möglichst gleichmäßige Verteilung der Werte eines insolventen Schuldners sorgen möchte. Es ist bekannt, welche Schiebungen unter dem Deckmantel der Sicherungsübereignung vorgenommen werden. Und es ist bedauerlich, daß unsere Rechtsprechung dem Grundsatz der eigenen Verantwortung des Rechtsinhabers nicht treu geblieben ist, es ist bedauerlich, daß man eine Einrichtung wie die Einziehungsermächtigung zuläßt, die nur dazu dient, die Verantwortung von sich abzuwälzen und den Schuldner zu benachteiligen.

Wir wollen im folgenden die Zwecke, die mit der Einziehungsermächtigung verfolgt werden, näher betrachten [2]).

a) Zunächst wird die Einziehungsermächtigung benutzt, wenn es dem Inhaber der Forderung aus gesellschaftlichen, geschäftlichen oder verwandtschaftlichen Rücksichten unangenehm ist, gegen den Schuldner vorzugehen. Man ermächtigt dann einen anderen Unbeteiligten, die Forderung einzuziehen, der dann, ohne auf den Schuldner Rücksicht zu nehmen, vorgehen kann. Die Einziehungsermächtigung führt also zu einer Benachteiligung des Schuldners.

Es ist das Recht des Gläubigers, die Forderung einzuziehen. Betrachten wir aber einmal den im Leben so häufig vorkommenden Fall, daß jemand sein etwa seit 100 Jahren und mehr bestehendes Geschäft erhalten möchte. Die Verwandten haben — vielleicht mit Rücksicht auf das den Namen des Vaters tragende Geschäft, auf die vermeintliche Ehre der Familie u. a. — ein Interesse an der Erhaltung des Geschäftes und geben ein Darlehen. Der Geschäftsinhaber nimmt es an, in der Erwartung, daß die vermögenden Verwandten nicht gegen ihn vorgehen werden, solange er zur Leistung nicht imstande ist. Diese begründete Annahme wird durch Abwälzen der Verantwortung auf einen anderen zerstört. Noch stärker wirkt sich diese Folge aus, wenn aus dem Urteil vollstreckt wird. Dieses lautet ja auf den Namen des Ermächtigten, dieser betreibt die Vollstreckung — der Verwandte bleibt der gute Mensch.

Man wende mir nicht ein, daß dieser Fall ein Ausnahmefall sei. Ich habe ihn gesetzt, um die Folgen etwas krasser hervortreten zu lassen. Es ist bei einem gewöhnlichen Käufer nicht anders: Jemand ist seit Jahren guter Kunde eines Geschäfts, er kauft Waren auf Kredit, obwohl er im Augenblick nicht in der Lage ist, sie zu bezahlen. Er teilt es auch dem Kaufmann mit. Der Käufer verläßt sich mit Recht darauf, daß der Kaufmann, der an ihm schon viel Geld

[2]) Vgl. zum folgenden u. a. Kuhlenbeck, Leonhard, Schuldrecht; Ludewig, Förster-Kann, Planck, Richter, von Tuhr u. Wienstein a. a. O.

verdient hat, gegen ihn, der seinen Verpflichtungen immer nachgekommen ist, nicht so schnell vorgehen wird, daß er etwas länger warten wird, — schon um den guten Kunden nicht zu verlieren. Nun ermächtigt der Kaufmann einen anderen zur Einziehung der Forderung in eigenem Namen. Ich glaube daher nicht, daß es dem Schuldner jemals gleich sein kann, wer gegen ihn als Gegner auftritt [3]).

b) Durch die Einziehungsermächtigung wird es gleichzeitig ermöglicht, daß der Ermächtigende, der noch Inhaber der Forderungen ist, als Zeuge auftritt, während der Ermächtigte Partei ist und daher einen zugeschobenen oder auferlegten Eid in der bloßen Ueberzeugungsform zu leisten hat. Jemand hat keine Beweismittel und muß deshalb dem Schuldner im Prozeß den Eid zuschieben. Er möchte aber die Entscheidung nicht dem Gegner überlassen, schiebt daher einen anderen vor, während er dann als Zeuge die Forderung beweist.

Man sucht diesen und ähnlichen Mißständen dadurch abzuhelfen, daß man dem Schuldner dann, wenn die Einziehungsermächtigung nur zu dem Zweck erfolgt ist, um die Zeugenaussage des Ermächtigenden zu ermöglichen, eine exceptio doli generalis gibt [4]); ein anderer Teil will eine solche nur dann geben, wenn eine unwahre Bekundung des Ermächtigenden in Aussicht genommen ist [5]).

Mit Recht ist dieser Standpunkt insoweit aufgegeben, als man es für sittenwidrig erklärt, wenn jemand zum Zwecke der Ermöglichung seines Zeugnisses einen anderen ermächtigt. Denn wenn die Einziehungsermächtigung zulässig ist, dann müssen auch ihre Folgen, soweit sie auf prozessualem Gebiet liegen, hingenommen werden. Gleichgültig wie man die Einziehungsermächtigung rechtlich zu konstruieren sucht, sie ist ein abstraktes Rechtsgeschäft, das der Erfüllung eines zugrundeliegenden Vertrages dient, aber unabhängig von diesem besteht. Aeußerlich steht die Einziehungsermächtigung als ein einerseits der Abtretung, anderseits der Vollmacht ähnliches Geschäft da. Alle haben das gemeinsam, daß die Erklärung, dem anderen solle das Einziehungsrecht zustehen, für sich allein die Zuwendung bildet [6]).

Es ist nun zunächst sehr bestritten, ob ein abstraktes Geschäft sittenwidrig sein kann, und wann es sittenwidrig ist [7]). Man wird mit

---

[3]) Vgl. auch RGZ 66 S. 418, das in anderem Zusammenhang ausführt: „Der Schuldner ist nicht verpflichtet, aus den mit der Firma geschlossenen Verträgen sich einen anderen Gläubiger unterschieben zu lassen."

[4]) Vgl. Enneccerus § 178 Anm. 18; Klinge a. a. O. S. 24 f.; Kuhlenbeck a. a. O. S. 341; RGZ 11 S. 9; KG in KGBl. 02 S. 16, 08 S. 19; vgl. auch Löbl Ziv. Arch. 130 S. 58.

[5]) Fischbach a. a. O. S. 152; RG in JW 1909 S. 270.

[6]) Vgl. hierzu Enneccerus § 175, 3b; Ludewig a. a. O. S. 3 und 69.

[7]) Vgl. hierzu Enneccerus § 178 II 3; Dernburg § 125 V; Leonhard, Lehrbuch i. k. S. S. 37 f.; Oertmann § 134 2b, 138 2, 817, 4; Planck §§ 134, 4a; 138, 3b; RGK §§ 125, 1; 817d; Staub Anh. zu § 346 Anm. 5; Staudinger I S. 406 und § 134, 4; Rumpf, Ziv. Arch. 117 S. 315 ff.; Schäfer JW 1912 S. 103; RG in RGZ 68 S. 100; 70 S. 89; 75 S. 74 ff. u. a.

der herrschenden Meinung zu folgendem Ergebnis kommen müssen: nicht jedes abstrakte Rechtsgeschäft, dessen Kausalgeschäft sittenwidrig ist, ist nichtig; nicht nur ein kausales, sondern auch ein abstraktes Geschäft kann nichtig sein; dies jedoch nur dann, wenn das Leistungsgeschäft seinem Inhalt nach verboten ist oder das Kausal- und Erfüllungsgeschäft in einem so engen Zusammenhang stehen, daß man sie wirtschaftlich nicht trennen kann.

Es kann aus diesem Grunde sehr zweifelhaft sein, ob man mit der exceptio doli die Einziehungsermächtigung hinfällig machen kann; ein solch enger Zusammenhang wird nur in den seltensten Fällen anzunehmen sein, wenn ganz besondere Voraussetzungen gegeben sind.

Man kann eine exceptio doli auch nur dann gewähren, wenn die Einziehungsermächtigung allein zu dem Zweck geschehen ist, um ein Zeugnis des Ermächtigenden zu ermöglichen. Dies wird sehr selten vorkommen, irgendein anderes Interesse wird sich regelmäßig schon finden lassen. Es ist auch nicht einzusehen, wieso hier Sittenwidrigkeit vorliegen soll; schon das Reichsgericht hat darauf hingewiesen[8]), daß es sich, wenn nicht verabredet ist, daß der Ermächtigende die Unwahrheit sagen soll, um die „Anstrebung eines Erfolges handelt, den abzuwenden das Recht dem Schuldner keine Macht gegeben hat". Der Ermächtigende will ja nur seine Forderung haben und sich dafür Beweismittel verschaffen. Soll das unsittlich sein? Damit ist jedoch nicht gesagt, daß dieser Zweck auch erlaubt sein und gefördert werden müsse. Denn es werden dem Gläubiger Vorteile verschafft zum Nachteil des Schuldners, die ihm unser Recht nicht gewährt.

Aber selbst wenn man ein exceptio doli zuläßt, kann es dem Gläubiger nicht gleich sein, ob er diese hat, oder ob der Kläger wegen Unzulässigkeit der Einziehungsermächtigung abgewiesen werden muß. Denn die Schwierigkeit, den dolus zu beweisen, ist genügend bekannt. Der Beweis wird meist mißlingen, insbesondere dann, wenn man eine Arglisteinrede nur gibt für den Fall, daß der Ermächtigende die Unwahrheit sagen soll[9]). Schöninger weist mit Recht darauf hin, daß der Schuldner bei dem Beweis der exceptio doli oft auf Vermutungen angewiesen ist, die ihm leicht als Schikane ausgelegt werden können.

Man wende mir nicht ein, daß der Abtretende am Rechtsstreit interessiert sei und deshalb nach § 394 [1] ZPO unbeeidigt vernommen werden müsse[10]). Wir kennen genügend Fälle, in denen die Aussage eines unbeeidigten Zeugen höher gewertet wird als die eines beeidigten, schon allein deshalb, weil er einen guten Eindruck auf das

---

[8]) In JW 1909 S. 270.

[9]) Schöninger a. a. O. S. 191; Wienstein, Gruch. 48 S. 487; Siber, Jherings Jahrb. 70 S. 293, der von einer „probatio diabolica" spricht, die nie zu führen sei.

[10]) Vgl. Jander a. a. O. V 2 S. 473; Ludewig a. a. O. S. 51; Richter a. a. O. S. 781; RG in RGZ 44 S. 376; in JW 09 a. a. O.

Gericht gemacht hat[11]). Und schließlich ist die Leistung des Parteieides durch den Ermächtigten in Ueberzeugungsform eine Benachteiligung des Schuldners, die nicht vermieden werden kann.

c) Ein weiterer Zweck ist es, Prozeßkosten zu ersparen. Jemand, dessen Forderung nicht ganz sicher ist, ermächtigt aus Furcht vor Unterliegen im Prozeß einen anderen, der unbemittelt ist, zur Einklagung der Forderung im eigenen Namen und auf eigene Kosten. Dies hat zwei Folgen:

1. Im Falle der Klageabweisung hat der Ermächtigte die Prozeßkosten zu tragen, die dann, wenn der Ermächtigte nicht zahlen kann, auf dem Schuldner lasten bleiben. Auch seine Prozeß- und Anwaltskosten, die er von dem Ermächtigenden hätte erlangen können, bekommt er nicht.

Auch hier hat man mit einer Arglisteinrede zu helfen gesucht. Es bestehen hier die gleichen Bedenken wie oben zu b), wenn man auch in einem solchen Fall eher geneigt sein wird, ein unsittliches Verhalten anzunehmen[12]). Aber wie ist es, wenn der Ermächtigte von diesem Zweck nichts weiß, der Ermächtigende ihm gegenüber ganz andere Gründe vorgeschoben hat?

Schließlich bleibt auch hier wieder die Frage der Beweislast.

2. Der Ermächtigte beantragt Bewilligung des Armenrechts[13]). Die Folge von deren Bewilligung wäre, daß der Ermächtigte von der Erstattung der Gerichtskosten usw. befreit wäre und der reiche Ermächtigende zu seiner Forderung käme, ohne daß er dem Staat für seine Bemühungen das Entgelt leistet, das jeder andere zu leisten verpflichtet ist. Mit einer Arglisteinrede kann nicht geholfen werden: dem Schuldner gegenüber liegt Arglist nicht vor, der Schuldner ist nicht benachteiligt. Es handelt sich vielmehr um eine Umgehung des Prozeßrechts, eine Schädigung des Staates, die sittenwidrig sein kann. Der Schuldner braucht dies nicht aufzudecken, und dann kann das Gericht auch keine Sittenwidrigkeit annehmen.

Richter will[14]) auf andere Weise helfen. Er sagt, dem Ermächtigten darf, wenn der Ermächtigende bemittelt und zur Tragung der Prozeßkosten imstande ist, das Armenrecht nicht gewährt werden. Zweck des Armenrechtes sei es, die arme Partei in die Lage zu versetzen, eigene Rechte vorläufig kostenlos verfolgen zu können, der Ermächtigte verfolge aber nicht ein eigenes Recht, und es könne ihm daher ebensowenig wie dem Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter das Armenrecht bewilligt werden.

Dies trifft aber m. E. nicht zu. Zunächst fällt die Stütze, die Richter durch Konkursverwalter usw. gewinnen will; bei diesen liegt der Sachverhalt ganz anders wie beim Ermächtigten, und die Ent-

---

[11]) Wienstein, Gruch. 46 S. 249.
[12]) Vgl Richter a. a. O., RGZ 81 S. 175 ff.
[13]) Vgl. RG in Seuff. Arch. 51 Nr. 137.
[14]) a. a. O. S. 781 ff. II.

scheidungen, die Richter hinsichtlich dieser Einrichtungen anführt[15]), gehen von ganz anderen Gesichtspunkten aus. Diese betrachten den Konkursverwalter usw. als Partei kraft Amtes. Nach § 114 ZPO kann das Armenrecht nur Personen gewährt werden, die ohne Beeinträchtigung ihres notwendigen Unterhalts nicht imstande sind, die Kosten zu tragen. Deshalb kann das Armenrecht Personen nicht gewährt werden, „die für die Kosten des Prozesses nicht mit dem eigenen Vermögen haften, weil die etwa Unterhaltsbedürftigen nicht Partei sind". Dieser Gesichtspunkt läßt sich aber auf die Ermächtigung nicht anwenden. Läßt man diese zu, so ist der Ermächtigte Partei und hat die Kostenlast im Prozeß; er haftet dem Staat gegenüber selbst dann für die Kosten, wenn der Ermächtigende sie ihm gegenüber übernommen hat. Der Ermächtigte ist nicht Vertreter, die Folgerungen daraus müssen konsequent gezogen werden.

Führt man den Gedankengang Richters weiter, so müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß der Ermächtigende in Wirklichkeit Partei ist, und wenn er arm, der Ermächtigende aber Mittel hat, ihm das Armenrecht gewährt werden müßte. Die Voraussetzung, von der Richter ausgeht, ist also falsch. Der Ermächtigte hat das Prozeßführungsrecht, er ist die arme Partei, die ohne Beeinträchtigung ihres Lebensunterhalts zur Kostentragung nicht imstande ist, und der daher das Armenrecht gewährt werden muß.

d) Eine weitere Frage ist die der Aufrechnungsmöglichkeit in und außerhalb des Prozesses. Uns interessiert hier die Frage: Kann der Schuldner — die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung unterstellt — mit einer Forderung, die er gegen den Ermächtigenden hat, dem Ermächtigten gegenüber aufrechnen? Nach § 387 BGB ist Voraussetzung für eine Aufrechnung neben Fälligkeit bzw. Zahlbarkeit und Gleichartigkeit der Forderungen auch deren Gegenseitigkeit: zwei Personen müssen einander Leistungen schulden. Auch diese Voraussetzung ist vorhanden: der Ermächtigende bleibt Gläubiger, so daß Gläubiger und Schuldner bei beiden Forderungen identisch sind.

§ 388 bestimmt nun, daß die Aufrechnung gegenüber dem andern Teil zu erfolgen hat. Der Schuldner hat daher nicht die Möglichkeit, außerhalb des Prozesses eine Aufrechnung dem Ermächtigten gegenüber zu erklären. Man müßte höchstens § 406 BGB analog anwenden, wogegen m. E. wegen der Gleichheit der Sach- und Aehnlichkeit der Rechtslage kaum Bedenken bestehen. Außerdem könnte ja der Schuldner die Aufrechnung dem Ermächtigenden gegenüber erklären.

Zu prüfen bleibt aber, wie die Sachlage ist, wenn lediglich eine Klagermächtigung vorliegt oder der Ermächtigte klagend gegen den Schuldner vorgeht.

Ich möchte annehmen, daß auch nach der Klageerhebung der Schuldner befugt bleibt, dem wahren Gläubiger gegenüber aufzu-

[15]) RGZ 33 S. 366; 65 S. 287; 81 S. 292.

rechnen. Wendet man § 406 analog an, so ist eine Aufrechnung möglich [16]).

e) Anders wenn die Einziehungsermächtigung geschieht, um eine Widerklage des Gegners abzuschneiden. Dies ist möglich. Widerklage ist „die während eines Prozesses von dem Beklagten gegen den Kläger in demselben Verfahren und zum Zwecke gleichzeitiger Behandlung erhobene Gegenklage, mit welcher ein von dem Anspruch der Vorklage verschiedener Anspruch geltend gemacht wird" [17]). Voraussetzungen der Widerklage sind im Gesetz nicht geregelt, § 33 ZPO regelt nur den Gerichtsstand [18]). Die Widerklage setzt voraus, daß sie vom Beklagten gegen den Kläger der Vorklage erhoben wird [19]). Kläger und Partei ist der Ermächtigte, nicht aber der Ermächtigende. Es müßte dann auch im Rubrum der Ermächtigte bezeichnet werden, und es wäre zwischen Vertretung und Ermächtigung kein Unterschied. Der Beklagte kann also dem Ermächtigten gegenüber eine gegen den Forderungsinhaber mögliche Widerklage nicht erheben; es besteht die Möglichkeit, auf dem Wege über die Einziehungsermächtigung eine Widerklage abzuschneiden. Die exceptio doli ist hier ebensowenig begründet wie in den obigen Fällen.

f) Es soll hier noch erwähnt werden, daß es bei Zulassung der Einziehungsermächtigung möglich wäre, die Vorschrift des § 399 BGB zu umgehen und ein pactum de non petendo unwirksam zu machen [20]).

Gegen all diese Nachteile, die infolge der Einziehungsermächtigung entstehen, ist eingewendet worden, daß dies gegen deren Zulässigkeit nicht vorgebracht werden könnte, da die gleichen prozessualen Verschlechterungen auch bei der Abtretung eintreten [21]). Auch dies ist nicht richtig. Es bestehen erhebliche Unterschiede, ob jemand als Zessionar oder als Ermächtigter der Schuldner gegenübertritt. Der Zessionar wird Inhaber der Forderung, kraft gesetzlicher Bestimmungen treten Folgen ein, die jedoch in der Praxis vermieden werden. Denn bei der Abtretung muß der Zedent ein Risiko eingehen, das ihm oft zu groß sein wird: bei der Abtretung geht die Forderung über, so daß der Zessionar über die Forderung verfügen kann. Ueberträgt daher z. B. ein Gläubiger seine Forderung einer armen Partei, um kostenlos klagen zu können, so besteht die Gefahr bestimmungswidriger Verfügung, ein Schadensersatzanspruch kann bei Armut des Zessionars nicht zum Erfolg führen. Der Forderungsinhaber wird daher eine Zession eher unterlassen, da das Risiko größer ist als die Kosten-

---

[16]) Vgl. hierzu Leonhard, Schuldrecht a. a. O.; Löbl a. a. O. S. 33.

[17]) Stein-Jonas § 33 I.

[18]) Vgl. über die verschiedenen Ansichten Stein-Jonas § 33 II, dort auch die ausführliche Begründung für die hier vertretene Ansicht.

[19]) Stein-Jonas § 33 III 5.

[20]) Vgl. Klinge § 1 I, S. 10.

[21]) Vgl. Löbl, Ziv. Arch. 130 § 18 S. 56 f.; Ludewig a. a. O. S. 52; Volmer a. a. O. S. 644 Anm. 34.

ersparnis. Anders bei der Ermächtigung, bei der der Ermächtigte nicht verfügen kann und der Ermächtigende kein Risiko auf sich nimmt.

Auch darf es nicht willkürlicher Parteibestimmung überlassen sein, Folgen herbeizuführen, die bei einer bestimmten Rechtsform durch Gesetz eingetreten [22]).

g) Große Schwierigkeiten entstehen auch im Gegensatz zur Abtretung bei der Rechtskraft des Urteils. Wenn der Zessionar die im Rechtsstreit des Zedenten abgewiesene oder anerkannte Forderung noch einmal geltend macht, so ist er Rechtsnachfolger des Zedenten, das gegen diesen ergangene Urteil wirkt gemäß § 325 ZPO gegen ihn.

Wie ist es bei der Ermächtigung zur Einziehung oder Klageermächtigung? Sie zwingt den Schuldner, sich mit einem neuen Gegner einzulassen, ohne daß er gegen Angriffe des Gläubigers, der Rechtsinhaber ist, geschützt wird [23]).

Die Frage, ob sich die Rechtskraft des von dem Ermächtigten erlangten Urteils auf den Ermächtigenden erstreckt, ist ganz verschieden beurteilt worden. Jedenfalls sucht die Mehrzahl der Schriftsteller zu dem Ergebnis zu kommen, das dies bejaht [24]). Die Begründungen gehen jedoch sehr auseinander.

Man stützt sich zunächst darauf, daß der Ermächtigende der Prozeßführung zugestimmt habe und diese daher auch gegen sich gelten lassen müsse [25]). Dagegen hat man sich auf § 1380 BGB berufen [26]). Dieser gibt jedoch m. E. keinen Grund, die Erstreckung der Rechtskraft infolge Zustimmung abzulehnen. Er regelt lediglich die Frage, ob ein o h n e Zustimmung der Frau vom Ehemann geführter Prozeß gegen und für diese wirkt. Ueber die Frage, ob die Zustimmung der Frau zur Prozeßführung des Mannes Rechtskraft für und gegen die Frau zur Folge hat, ist ein lebhafter Streit entstanden [27]). Uns interessiert die Frage nicht, § 1380 BGB regelt sie nicht und kann daher hier nicht verwandt werden, zumal die Sachlage ganz verschieden ist.

Wir haben oben [28]) ausführlich dargelegt, daß die Zustimmung des Berechtigten kein Prozeßführungs r e c h t verschaffen kann. Nimmt man aber mit K. Hellwig a. a. O. an, daß die Zustimmung eine Prozeßführungsmacht verschaffe, — wobei sich der Schuldner auf den Prozeß nicht einzulassen braucht —, so läßt sich die Erstreckung der Rechtskraft damit nicht begründen. Die Einwilligung hat nur im materiellen Recht Sinn, kann sich aber auf das Prozeßrecht nicht erstrecken.

---

[22]) Leonhard, Schuldrecht § 346.
[23]) Kisch a. a. O. Anm. 26 S. 33.
[24]) Vgl. K. Hellwig, Lehrbuch I § 56; H. Hellwig a. a. O. S. 611 ff.; Löbl, Ziv. Arch. 130 S. 37; Ludewig a. a. O. S. 49 f.; Richter a. a. O. S. 887 f.; Stein-Jonas § 325 VI, 1; RGZ 36 S. 55, 43 S. 40, 73 S. 306 ff u. a.
[25]) K. Hellwig a. a. O.; RGZ 73 S. 309; vgl. auch H. Hellwig a. a. O.; Jander a. a. O. S. 474 V, 2; Schmidt a. a. O. S. 252; RG in JW 1929 S. 1748.
[26]) Leonhard, Schuldrecht § 346.
[27]) Vgl. Staudinger Anm. 6 zu 1380; RGK § 1380 7; RG in RGZ 92 S. 143 ff.
[28]) § 8 dieser Abhandlung.

Rechtskraft wirkt zwischen den Parteien und — kraft ausdrücklicher Vorschrift — ihren Rechtsnachfolgern, nicht aber darüber hinaus [29]).

Man ist daher zu anderen Begründungsversuchen gekommen. Richter [30]) geht aus von den beiden Seiten der Rechtskraftwirkung, der formellen und materiellen Rechtskraft. In Frage kommt hier die Wirkung der materiellen Rechtskraft, d. h. die Frage der Unzulässigkeit der Abweichung von dem Urteil [31]). Dabei unterscheidet Richter weiter zwischen objektiver und subjektiver Begrenzung der Rechtskraft [32]). Die objektive Begrenzung sagt, daß es sich im zweiten Prozeß um den gleichen Anspruch wie im ersten handeln muß (§ 322 ZPO), die subjektive Grenze: dieselben Parteien müssen an dem Prozeß beteiligt sein bzw. ihre Rechtsnachfolger (§ 325 ZPO). Richter a. a. O. sagt weiter: dieser Schluß aus § 325 ZPO sei nicht richtig. „Die subjektive Begrenzung der Rechtskraftwirkung will die Rechtskraftwirkung gegen unbeteiligte Dritte vermeiden. Sie darf sich aber nicht mit der objektiven Begrenzung in Widerspruch setzen, d. h. es ist ein Gebot der Rechtslogik, daß diese beiden Begrenzungen nicht in Widerspruch mit einander stehen." Da der materielle Anspruch rechtskräftig geworden sei, müsse logischerweise sich die Rechtskraft auf den Inhaber des Anspruchs erstrecken [33]).

M. E. kann Richter nicht zugestimmt werden. Es ist hier nicht nach dem Wesen der Rechtskraft gefragt, sondern nach den Grenzen ihrer Wirkung. Und dabei heißt es: Rechtskraft wirkt nur, wenn der gleiche Anspruch zwischen den gleichen Parteien entschieden werden soll; Richter sagt: dieser Anspruch ist rechtskräftig entschieden. Aber schon wenn eine der Voraussetzungen nicht vorliegt, wirkt die Rechtskraft nicht. Logisch läßt sich daher der von Richter aufgestellte Grundsatz nicht vertreten. Und auch die Ausnahmen von diesen subjektiven Grenzen sind in §§ 325 ff. ZPO exklusive geregelt. Rechtsnachfolger ist der Ermächtigte nicht und soll es nicht sein.

Wenn Richter a. a. O. sagt, es würde eine unlogische Einengung bedeuten, wenn man § 325 nicht auf den von der Rechtswissenschaft erweiterten Parteibegriff ausdehnen wolle, so kann ich Richter nur entgegenhalten, daß es sich nicht um eine Einengung handelt, da eben der Parteibegriff nicht erweitert werden darf, vielmehr die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung verneint werden muß.

Was den Gesichtspunkt der „Repräsentation" betrifft [34]), so ist nicht einzusehen, was hiermit gemeint ist. Eine nähere Begründung ist nicht zu finden. Ludewig sagt: der Ermächtigte „repräsentiert" den Ermächtigenden. Darunter verstehe ich: er vertritt ihn, und dann handelt es sich um eine Vertretung, nicht um eine Ermächtigung [35]).

---

[29]) Vgl. hierzu Ludewig, bes. S. 50.
[30]) S. 787 ff.; wie er fast wörtlich Ludewig S. 50 f.
[31]) Vgl. Stein-Jonas § 312 I.
[32]) Vgl. Förster-Kann § 322, 5.
[33]) Aehnlich auch Schmidt a. a. O. S. 252.
[34]) Stein-Jonas § 325 VI; Ludewig S. 51.
[35]) So auch Leonhard, Schuldrecht § 346.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Rechtskraft sich nicht auf den Ermächtigenden erstrecken kann[36]).

Man könnte noch erwägen, ob dem Schuldner hier mit dem zweifelhaften Begriff der exceptio doli geholfen werden kann, wenn der Ermächtigende noch einmal die bereits rechtskräftig eingeklagte Forderung geltend macht. Man darf annehmen, daß dies gegen Treu und Glauben verstößt[37]). Aber wir kennen ja die Mängel, die der Arglisteinrede anhaften und haben diese bereits oben genügend dargelegt[38]).

Um diesen Mißständen zu begegnen, hat sich eine Mittelmeinung gebildet, nach der es, um eine Einziehungs- bzw. Klageermächtigung zuzulassen, der Darlegung eines rechtsschutzwürdigen Interesses des Ermächtigten an der gerichtlichen Geltendmachung des fremden Rechts in eigenem Namen bedürfe[39]). Dieses Rechtsschutzinteresse müsse jeder Klage zugrunde liegen, ergebe sich zwar bei der Leistungsklage aus der Nichtleistung ohne weiteres, muß aber in besonderen Fällen (Feststellungsklage, Klage auf künftige Leistung §§ 256, 259 ZPO) besonders dargelegt werden. Dies sei auch dann erforderlich, wenn vom normalen Prozeß abweichend, ein Recht nicht von dessen Inhaber, sondern von einem anderen auf Grund einer Ermächtigung im eigenen Namen geltend gemacht wird.

Die Anforderungen an den Inhalt dieses rechtlichen Interesses sind vom Reichsgericht nicht sehr hoch gestellt. Anders Ludewig, der die „Darlegung gewichtiger Gründe, die es rechtfertigen, daß in einem gegebenen Fall nicht eine Bevollmächtigung oder Abtretung gewählt wurde", fordert.

Dem ist aus den verschiedensten Gründen nicht zuzustimmen:

Zunächst läßt sich die Sachlage mit den Fällen, in denen die ZPO ausdrücklich die Darlegung eines Interesses verlangt, nicht vergleichen. Dort hat das Prozeßrecht Möglichkeiten gegeben, obwohl sie nach materiellem Recht nicht gegeben sind: bei der Feststellungsklage, weil sie nicht auf Durchsetzung eines bestimmten Anspruchs gerichtet ist, bei der Klage auf künftige Leistung, weil nur auf fällige Leistungen geklagt werden kann. Bei der Einziehungsermächtigung handelt es sich aber um die Frage, ob diese materiell zulässig ist, ob der Schuldner verpflichtet ist, einem Dritten zu leisten, der nicht Inhaber der Forderung noch dessen Vertreter ist; so Löbl[40]), der mit Recht darauf hinweist, daß es sich um die Frage der Aktivlegitimation handelt, bei deren Bejahung eine gewöhnliche Leistungsklage vorliegt.

---

[36]) So Förster-Kann Anm. 2c vor § 50; § 325, 2a, bb β S. 869; Leonhard a. a. O.; Kisch a. a. O.

[37]) Förster-Kann vor § 50 a. a. O., vgl. auch Jander a. a. O. S. 473.

[38]) Siehe hierzu Eccius DJZ 1903 S. 210.

[39]) RGZ 91 S. 390; vgl. auch RG in JW 1918 S. 511; 1921 S. 479; 1926 S. 252 f.; 1929 S. 1747, Nr. 11. In Seuff. Arch. 76, 40; Ludewig S. 53 f. RGK § 398, 1 S. 599; Stampe a. a. O.

[40]) a. a. O. S. 316 f.

Mit der Darlegung eines besonderen rechtlichen Interesses ist auch dem Schuldner nicht geholfen. Warum sollen die Interessen des Ermächtigten geschützt werden, die des Schuldners aber nicht? Dessen Interesse an der Unzulässigkeit der Einziehungsermächtigung ist noch nicht behoben, wenn der Ermächtigte sein Interesse darlegt. Der Ermächtigte kann auf anderem Wege zum Ziele kommen. Es bedarf nicht der Ermächtigung, durch die dem Schuldner besondere Nachteile zugefügt werden.

Ein weiteres Bedenken hiergegen ist, daß es sehr oft fraglich sein wird, wann ein genügend schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten gegeben ist. Leonhard[41]) führt als Beispiel an: Wenn ein Gläubiger, ohne genannt zu werden, seine Forderung durch ein Inkassobüro einziehen lassen möchte. Der Ermächtigende hat ein Interesse daran, nicht genannt zu werden; das Inkassobüro ein Interesse zu verdienen. Die Meinungen darüber, ob dies genügt, werden wohl geteilt sein.

Wir sehen also, daß erhebliche Interessen bestehen, die es angebracht erscheinen lassen, die Einziehungsermächtigung nicht zuzulassen: Die Zulassung der Einziehungsermächtigung führt zur Umgehung des Prozeßrechtes und schädigt den Schuldner.

§ 18.

Zusammenfassung.

Das Ergebnis unserer Abhandlung ist folgendes: Eine rechtliche Begründung für die Zulässigkeit der Einziehungsermächtigung ist nicht zu finden, es besteht kein praktisches Bedürfnis dafür, da sich die verfolgten Zwecke, soweit sie schutzwürdig sind, auf anderem Wege erreichen lassen. Die Einziehungsermächtigung ist ein unserem geltenden Recht unbekanntes und widersprechendes Gebilde, es bestehen auch vom praktischen Gesichtspunkt erhebliche Interessen, die gegen die Einziehungsermächtigung sprechen.

Wir können uns nicht der Auffassung[1]) anschließen, daß es genüge, wenn man den Ermächtigten nur dann zur Prozeßführung zulasse, wenn der Schuldner nicht widerspricht. Diese Auffassung entspringt dem Gedanken, daß es lediglich Schuldnerinteressen sind, die gegen die Zulassung der Einziehungsermächtigung sprechen. Das ist nicht richtig: Es sind rechtliche Gründe und Interessen des Staates und der Allgemeinheit vorhanden, die die Unzulässigkeit der Einziehungsermächtigung fordern. Auch ist den Interessen des Schuldners nicht gedient, da es ihm oft nicht leicht sein wird, die Einziehungsermächtigung aufzudecken.

Nach alledem ist zu sagen: Die Ermächtigung zur Einziehung einer fremden Forderung im eigenen Namen ist unzulässig.

---

[41]) Schuldrecht § 346 a. E.
[1]) H. Hellwig, K. Hellwig a. a. O.

Lebenslauf.

Am 16. September 1909 wurde ich, Jesef Hahn, als Sohn des Kaufmanns Adolf Hahn und seiner Ehefrau Rosa geb. Nußbaum in Hersfeld geboren. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit und bin Jude.

Von Ostern 1915 bis Ostern 1918 besuchte ich die jüdische Volksschule meines Geburtsorts. Ostern 1918 wurde ich in das Staatliche Gymnasium zu Hersfeld aufgenommen und bestand dortselbst im März 1927 die Reifeprüfung mit der Note: „Gut".

Ich stand nun vor der Wahl, welches Studium ich ergreifen sollte. Da ich sowohl für das philologische Fach, wie auch für das Jurastudium Interesse zeigte, entschied ich mich zunächst nicht, ließ mich vielmehr an der Universität Erlangen als Student der Rechtswissenschaft und der Philosophie für das Sommersemester 1927 einschreiben. Bereits im Laufe dieses Semesters entschied ich mich für die Rechtswissenschaft. Ich studierte im Sommersemester 1927 und im Wintersemester 1927/28 an der Universität Erlangen, vom Sommersemester 1928 bis Wintersemester 1929/30 an der Universität Berlin und im Sommersemester 1930 und Wintersemester 1930/31 an der Universität Marburg.

Am 3. Juni 1931 bestand ich am Oberlandesgericht Kassel die erste juristische Staatsprüfung mit „Voll befriedigend".

Seit dem 18. Juni 1931 bin ich als Referendar tätig gewesen, und zwar bis Dezember 1931 am Amtsgericht in Hersfeld, von da ab in Berlin zunächst beim Landgericht I, dann beim Schöffengericht Berlin-Mitte, bei dem Herrn Oberstaatsanwalt des Landgerichts I und bei Herrn Rechtsanwalt und Notar Dr. Moses.

Meine akademischen Lehrer waren
in Erlangen die Herren Professoren und Dozenten:

Bodart, Köhler, Kübler, Pirson, Saran, Schmeidler, Schulten, Sehling, Specht;

in Berlin die Herren Professoren und Dozenten:

Bernhard, Bruns, Glum, Goldschmidt, v. Gottl-Ottlilienfeld, Herkner, Heymann, Hoetzsch, Kipp (†), Th. Kipp, Klee, Kohlrausch, Mannheim, Nußbaum, Peters, Popitz, Rabel, Stutz, Titze, Triepel;

in Marburg die Herren Professoren und Dozenten:

Genzmer, Leonhard, Manigk, Mezger, Stölzel, Walz.

Ihnen allen bin ich zu Dank verpflichtet, ganz besonders aber Herrn Geheimen Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard für die Anregung zu dieser Arbeit und für die Förderung, die er mir bei ihrer Abfassung hat zukommen lassen.